ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

1994

Volumen II Primera parte

Documentos del cuadragésimo sexto período de sesiones



ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

1994

Volumen II Primera parte

Documentos del cuadragésimo sexto período de sesiones

NACIONES UNIDAS Nueva York y Ginebra, 2000

ADVERTENCIA

Las signaturas de los documentos de las Naciones Unidas se componen de letras mayúsculas y cifras. La mención de una de estas signaturas indica que se hace referencia a un documento de las Naciones Unidas.

Las referencias al Anuario de la Comisión de Derecho Internacional se hacen en forma abreviada, a saber Anuario , seguido del año de que se trate (por ejemplo, Anuario 1993)

El Anuario correspondiente a cada período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional comprende dos volúmenes

Volumen I actas resumidas del período de sesiones,

Volumen II (primera parte) informes de los Relatores Especiales y otros documentos examinados durante el período de sesiones,

Volumen II (segunda parte) informe de la Comisión a la Asamblea General

Las referencias a esos textos y los pasajes que de ellos se citan remiten a la versión definitiva de los volúmenes del *Anuario*, que aparecen como publicaciones de las Naciones Unidas

* *

Los informes de los Relatores Especiales, así como algunos otros documentos examinados por la Comisión en su 46 ° período de sesiones, distribuidos originalmente en forma mimeografiada, se reproducen en el presente volumen habida cuenta de las correcciones publicadas por la Secretaria y con las modificaciones que exige la presentación definitiva de los textos en cuanto a la forma

A/CN 4/SER A/1994/Add 1 (Part 1)

PUBLICACION DE LAS NACIONES UNIDAS

Numero de venta S 96 V 2 (Part 1) ISBN 92-1-333250-5

Edicion completa de dos volumenes ISBN 92-1-333252-1

ISSN 0497-9885

ÍNDICE

	Página
Abreviaturas	iv
Nota explicativa: pasajes en cursiva en las citas	iv
Vacantes imprevistas en la Comisión (artículo 11 del estatuto) (tema 1 del programa)	
Documento A/CN.4/456.—Nota de la Secretaría	1
Responsabilidad de los Estados (tema 3 del programa)	
Documento A/CN.4/461 y Add.1 a 3.—Sexto informe sobre la responsabilidad de los Estados, del Sr. Gaetano Arangio-Ruiz, Relator Especial	3
Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (tema 4 del programa)	
Documento A/CN.4/458 y Add.1 a 8.—Observaciones recibidas de los Gobiernos en relación con el informe del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional	25
Documento A/CN.4/460. —Duodécimo informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, del Sr. Doudou Thiam, Relator Especial	107
El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (tema 5 del programa)	
Documento A/CN.4/462.—Segundo informe sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, del Sr. Robert Rosenstock, Relator Especial	123
Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no pro- hibidos por el derecho internacional (tema 6 del programa)	
Documento A/CN.4/459.—Décimo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, del Sr. Julio Barboza, Relator Especial	141
Lista de documentos del 46.º período de sesiones	163

ABREVIATURAS

CDI Comisión de Derecho Internacional
CEE Comisión Económica para Europa
CIJ Corte Internacional de Justicia

FAO Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura

y la Alimentación

ILA Asociación de Derecho Internacional

OACI Organización de Aviación Civil Internacional

OCDE Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos

OIEA Organismo Internacional de Energía Atómica

ONU Organización de las Naciones Unidas

PNUD Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
PNUMA Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente
UNIDROIT Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado

*

* *

Naciones Unidas, Textes législatifs Serie legislativa de las Naciones Unidas, Textes législatifs et dispositions de traités concernant l'utilisation des fleuves internationaux à des fins autres que la navigation (N.º de venta: 63.V.4)

*

*

NOTA EXPLICATIVA PASAJES EN CURSIVA EN LAS CITAS

Cada vez que en el presente volumen figura un asterisco en el texto de una cita, se indica con ello que el pasaje en cursiva que precede inmediatamente al asterisco no está subrayado en el texto original

Salvo indicación en contrario, las citas de obras en idiomas extranjeros son traducciones de la Secretaría

VACANTES IMPREVISTAS EN LA COMISIÓN (ARTÍCULO 11 DEL ESTATUTO)

[Tema 1 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/456

Nota de la Secretaría

- 1. A raíz de la elección del Sr. Abdul G. Koroma y del Sr. Jiuyong Shi como Magistrados de la Corte Internacional de Justicia, ocurrida el 10 de noviembre de 1993, han quedado dos vacantes en la Comisión de Derecho Internacional.
- 2. En este caso se aplica el artículo 11 del estatuto de la Comisión, que dispone lo siguiente:

En caso de que ocurra una vacante después de la elección, la Comisión la cubrirá con arreglo a las disposiciones de los artículos 2 y 8 de este Estatuto.

Los artículos 2 y 8, a los que remite el artículo 11, dicen lo siguiente:

Artículo 2

1. La Comisión se compondrá de treinta y cuatro miembros de reconocida competencia en derecho internacional.

- La Comisión no podrá tener dos miembros de una misma nacionalidad
- 3. En caso de que un candidato tenga doble nacionalidad, se le considerará nacional del Estado en que habitualmente ejerza sus derechos civiles y políticos.

Artículo 8

En toda elección, los electores tendrán en cuenta que las personas que hayan de ser elegidas para formar parte de la Comisión reúnan individualmente las condiciones requeridas, y que en la Comisión, en su conjunto, estén representadas las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo.

3. El mandato de los dos miembros que han de ser elegidos por la Comisión expirará a fines de 1996.

RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS

[Tema 3 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/461 y Add.1 a 3*

Sexto informe sobre la responsabilidad de los Estados, del Sr. Gaetano Arangio-Ruiz, Relator Especial

ÍNDICE

			Parrafos	Pagino
Int	RODU	CCION	1-5	4
Сарі	tulo			
I	REEXAMEN DE LAS DISPOSICIONES SOBRE SOLUCION DE CONTROVERSIAS PREVIAS A LAS CONTRA- MEDIDAS, TAL COMO SE PREVEN EN EL PROYECTO DE ARTICULOS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS			5
	Α	Versión del proyecto de artículo 12 de la segunda parte que aprobó el Comité de Redacción de 1993	6-47	5
		1 Apartado a del párrafo 1	6-32	5
		2 Apartado <i>b</i> del párrafo 1	33-37	10
		3 Párrafo 2	38-42	10
		4 Párrafo 3	43-44	11
		 5 Principales deficiencias del texto aprobado para el artículo 12 por el Comite de Redacción de 1993 	45-47	11
	В	La cuestión crucial del requisito del recurso previo a procedimientos de solucion de contro-		
		versias	48-61	12
	С	Otros aspectos importantes relativos a los medios de solución de controversias previos a la adopción de contrainedidas a tener en cuenta en el artículo 12 de la segunda parte	62-81	15
		1 Uso de los términos «agotado», «todos» y «a su disposicion»	63-64	16
		2 Uso de la expresión «en el momento debido»	65	16
		3 Excepciones al requisito del «recurso previo a los procedimientos de solución de con-		
		troversias»	66	16
		4 Uso de la expresión «respuesta debida»	67-68	16
		5 Algunas observaciones sobre la necesidad de emplear criterios flexibles	69-72	17
		6 La importante cuestión de las medidas cautelares	73-81	18
	D	Propuestas del Relator Especial relativas a los artículos 11 y 12 de la segunda parte del pro- yecto de artículos	82-93	19
П	CUE	NCIPALES CUESTIONES QUE SE HABRAN DE EXAMINAR EN EL PROXIMO DEBATE SOBRE LAS CONSENCIAS DE LOS HECHOS INTERNACIONALMENTE ILICITOS TIPIFICADOS COMO CRIMENES EN EL ARTI- O 19 DE LA PRIMERA PARTE DEL PROYECTO DE ARTICULOS	94 113	21
	A	/Se pueden definir los crimenes?	96-98	21
		•	,,,,	
	В	En el caso de que se pudiera llegar a un acuerdo sobre una definición, ¿quien determina que se ha cometido un crimen?	99-101	21
		1 Crímenes como la agresión	100	21
		2 Otros crímenes	101	22
	С	$_6$ Cúales son las consecuencias posibles de que se determine que un hecho constituye un crimen?	102-113	22

^{*} En el que se incorpora el documento A/CN 4/461/Add 2/Corr 1

Capitulo			Parrafos	Pagina
	1	Recursos disponibles y facultad de adoptar contramedidas	103 105	22
		a) Recursos disponibles	103 104	22
		b) Facultad de adoptar contramedidas	105	22
	2	Condiciones en las que, en caso de crimen, podria permitirse a todos los Estados, y no solo al Estado victima, hacer uso de recursos o adoptar contramedidas	106 109	22
	3	Posible exclusion de los crimenes del ambito de aplicación de las disposiciones relativas a las circunstancias excluyentes de la ilicitud	110	23
	4	La obligacion general de no reconocer las consecuencias de un crimen	111	23
	5	La obligación general de no ayudar al Estado «criminal» y de prestar ayuda al Estado victima	112 113	23

Introducción

- En el presente informe se examinan varias cuestiones relacionadas con las disposiciones sobre la solución de controversias que aparecen en las partes segunda y tercera del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, de conformidad con las orientaciones que ha venido adoptando la Comisión desde sus 37 ° (1985) y 38 ° (1986) períodos de sesiones Ello guarda relación con las importantes decisiones que se tomaron acerca del asunto en los debates celebrados en 1985 y 1986 y más recientemente en 1992 y 1993¹ y, en particular, con las decisiones de la Comisión de remitir al Comité de Redacción, en primer lugar, el proyecto de artículo 10 de la segunda parte² y los proyectos, presentados por el anterior Relator Especial, de artículos 1 a 5 y de anexo de la tercera parte³ y posteriormente el proyecto de artículo 12 de la segunda parte⁴ y los proyectos de artículos 1 a 6 y el anexo de la tercera parte⁵, propuestos por el actual Relator Especial
- 2 El texto del artículo 12 de la segunda parte preparado por el Comité de Redacción en el 45 ° período de sesiones dice así

- 1 El Estado lesionado no podra adoptar contramedidas a menos
- a) que haya recurrido al procedimiento de solucion [obligatona/por intervencion de un tercero] de las controversias que tanto el Estado lesionado como el Estado que haya cometido el hecho internacional mente ilicito esten obligados a utilizar en virtud de cualquier tratado aplicable en el que sean partes, o
- b) que, a falta de tal tratado, ofrezca un procedimiento de solucion [obligatoria/por intervencion de un tercero] de la controversia al Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilicito
- 2 El derecho del Estado lesionado a adoptar contramedidas que dara suspendido cuando el Estado que haya cometido el hecho interna cionalmente ilicito aplique de buena fe un procedimiento acordado de solucion [obligatoria] de la controversia y en la medida en que lo aplique, siempre que haya cesado el hecho internacionalmente ilicito
- 3 La suspension del derecho del Estado lesionado a adoptar con tramedidas terminara si el Estado que haya cometido el hecho interna cionalmente ilicito no atiende cualquier requerimiento o mandamiento dimanante del mecanismo de solución de controversias

No obstante, tras realizar un nuevo estudio sobre la cuestión, incluida una revisión de algunos defectos que figuraban en la versión inicial del artículo 12 que presentó el Relator Especial, éste ha llegado a la conclusión de que podría ser útil volver a examinar algunos de los aspectos incluidos o excluidos de la nueva versión aprobada por el Comité de Redacción de 1993. Ello debe hacerse teniendo en cuenta los problemas que quedaron sin resolver en ese texto —demasiadas oraciones clave que, entre otras cosas, se han colocado entre corchetes— y los problemas dimanantes de la relación existente entre el artículo 12 de la segunda parte y la versión de la tercera parte que se propuso en 1993.

3 En 1993, algunos miembros del Comité de Redacción destacaron la relación existente entre las obligaciones de solución de controversias *previas* a las contramedidas, que se establecen en el artículo 12, y las obligaciones de solución de controversias *posteriores* a las contramedidas, de que se ocupa la tercera parte⁶ De hecho, esos miembros del Comité indicaron que sería más productivo

¹ Para el resumen de los debates de la CDI, veanse *Anuario* 1985, vol II (segunda parte), parrs 108 a 163, *Anuario* 1986, vol II (segunda parte), parrs 40 a 65, *Anuario* 1992 vol II (segunda parte), parrs 105 a 276 y *Anuario* 1993, vol II (segunda parte), parrs 193 a 335 Para un examen detallado de los trabajos de la CDI sobre el tema, veanse *Anuario* 1985, vol I, sesiones 1890 ^a a 1902 ^a, *Anuario* 1986, vol I, sesiones 1952 ^a a 1956 ^a, *Anuario* 1992, vol I, sesiones 2265 ^a a 2267 ^a, 2273 ^a a 2280 ^a, 2283 ^a, 2288 ^a y 2289 ^a y *Anuario* 1993, vol I, sesiones 2305 ^a a 2310 ^a, 2314 ^a a 2316 ^a y 2318 ^a

² Vease Anuario 1990, vol II (segunda parte), parr 321 y para el texto del proyecto de artículo 10 de la segunda parte ibid, pag 86 nota 291

³ Vease *Anuario* 1986, vol II (segunda parte), parr 63 y para el texto de los proyectos de artículos 1 a 5 y de anexo de la tercera parte, ibid, vol II (primera parte), pag 1, doc A/CN 4/397 y Add 1, capitulo I, secc A

⁴ Vease *Anuario* 1992, vol II (segunda parte), parr 119 y para el texto del articulo 12 propuesto por el Relator Especial ibid, vol II (primera parte), pag 1, doc A/CN 4/444 y Add 1 a 3, parr 52

⁵ Vease *Anuario* 1993, vol II (segunda parte), parr 205 y para el texto de los proyectos de artículos 1 a 6 y del anexo de la tercera parte, 1bid, notas 116, 117, 121 a 123 y 125

⁶ Anuario 1993 vol II (segunda parte) parr 257

examinar el artículo 12 juntamente con la tercera parte. No obstante, el Comité de Redacción de 1993 no pudo hacerlo, ya que el proyecto de la tercera parte le fue remitido con posterioridad. Ciertamente, el artículo 12 de la segunda parte y las disposiciones de la tercera parte se diferencian desde el punto de vista funcional y, al mismo tiempo, están relacionados entre sí; por otra parte, es posible que la función del artículo 12 fuera objeto de interpretaciones erróneas en el seno del Comité de Redacción de 1993 (al contraponerla a la función de la tercera parte). El Comité de Redacción de 1994, que dispondrá del proyecto de artículos de la tercera parte, podría examinar más adecuadamente ambas series de disposiciones al mismo tiempo.

4. Habida cuenta de que en el 45.º período de sesiones la Comisión no examinó el asunto de las consecuencias de los «crímenes» internacionales de los Estados a que se refería el artículo 19 de la primera parte del proyecto⁷, el

Relator Especial no puede contar en esta ocasión con las orientaciones que esperaba de la Comisión en relación con las numerosas y difíciles cuestiones que se planteaban en el capítulo II de su quinto informe⁸. No obstante, el Relator Especial tiene el propósito de examinar someramente esas cuestiones en el capítulo II del presente informe.

5. El presente informe consta de dos capítulos. El capítulo I está dedicado al reexamen de las soluciones que se prevén por el momento en relación con las disposiciones sobre solución de controversias previas a las contramedidas, a saber la versión del artículo 12 del Comité de Redacción de 1993 y las propuestas del actual Relator Especial y de su predecesor en relación con las mencionadas disposiciones sobre solución de controversias. En el capítulo II se examinan las consecuencias de los crímenes internacionales a los que se refiere el párrafo 4 supra.

CAPÍTULO I

Reexamen de las disposiciones sobre solución de controversias previas a las contramedidas, tal como se prevén en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados

A.—Versión del proyecto de artículo 12 de la segunda parte que aprobó el Comité de Redacción de 1993

1. Apartado a del párrafo 1

6. La versión del artículo 12 que preparó el Comité de Redacción de 1993 se destaca sobre todo por la desaparición de un aspecto clave de las propuestas de 1985 y 1986 y de 1992, a saber el agotamiento previo de los procedimientos de solución de controversias a disposición del Estado como condición para recurrir lícitamente a las contramedidas. Según la versión del Comité de Redacción de 1993, «el Estado lesionado no podrá adoptar contramedidas a menos: a) que haya recurrido al procedimiento de solución [obligatoria/por intervención de un tercero] de las controversias». Como se omite cualquier referencia al factor tiempo, parece ser que corresponde al Estado que recurre a las contramedidas decidir en qué momento se cumple el requisito en cuestión. En otras palabras, el recurso a ese procedimiento podría ser simultáneo o posterior a la adopción de las contramedidas, en lugar de precederlas⁹.

7. La declaración del Presidente del Comité de Redacción en el 45.º período de sesiones parece que sugiere una

propuso en 1992 se disponía que el Estado lesionado no adoptaría ninguna contramedida «hasta que a) haya agotado todos los procedimientos de solución amistosa a su disposición según el derecho internacional general, la Carta de las Naciones Unidas o cualquier otro instrumento de solución de controversias en que sea parte» (A/CN 4/444 y Add 1 a 3, párr 52 [nota 4 supra]) En consecuencia, los procedimientos previstos de solución de controversias incluían todos los medios indicados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, que van desde las formas más sencillas de negociación hasta los procedimientos más complicados de arreglo judicial

Al establecer un concepto global de los procedimientos «a su disposición», en lugar de limitarlo a los procedimientos de solución por intervención de un tercero que pudieran iniciarse de manera unilateral, tal como había previsto el anterior Relator Especial, el parrafo 1, apartado a del artículo 12 abarcaba todas las obligaciones sobre solución de controversias del Estado lesionado que no dimanasen de una convención sobre la responsabilidad de los Estados

Por otra parte, el carácter riguroso de este requisito se vio mitigado considerablemente por las excepciones establecidas en el párrafo 2 del mismo proyecto de artículo, en el que se disponía que la condición del recurso previo a los procedimientos de solución de controversias no se aplicaría

- «a) si el Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilicito no coopera de buena fe en la elección y aplicación de los procedimientos de solución disponibles,
- »b) a las medidas cautelares adoptadas por el Estado lesionado, hasta que un órgano internacional haya resuelto sobre la admisibilidad de esas medidas en el marco de un procedimiento de solución por intervención dirimente de un tercero,
- »c) a cualesquiera medidas adoptadas por el Estado lesionado si el Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito no da cumplimiento a la medida cautelar dictada por ese órgano »

⁷ Para el texto del artículo 19 de la primera parte, aprobado provisionalmente por la Comisión, véase *Anuario* 1980, vol II (segunda parte), pág. 31

 $^{^8}$ Véase Anuario $\,$ 1993, vol II (primera parte), pág 1, doc A/CN 4/453 y Add 1 a 3

⁹ Así pues, el texto del artículo 12 que aprobó el Comité de Redacción de 1993 se aparta considerablemente de las propuestas formuladas por el anterior Relator Especial en 1985-1986 y por el actual Relator Especial en 1992, ambas remitidas al Comité de Redacción Como se recordará, en el párrafo 1, apartado *a* del proyecto de artículo 12 que se

interpretación menos pesimista. Según esa declaración, el Comité de Redacción consideró preferible «suprimir toda referencia temporal en el texto y adoptar una formulación que destaque las condiciones que deben de entrada respetarse* para que sea lícito el recurso a contramedidas» 10. No obstante, con ello parece que se infravaloran las consecuencias jurídicas de una disposición en la que no se dice nada acerca del factor tiempo. Esa omisión debería entenderse inevitablemente en el sentido de que, por lo que respecta al artículo 12, no es fundamental la relación temporal entre el recurso a las contramedidas y el recurso a los procedimientos de solución de controversias; su apreciación quedaría a discreción del Estado presuntamente lesionado.

- 8. A la desaparición del requisito previo del recurso a los procedimientos de solución de controversias se suma otro cambio fundamental (respecto de las propuestas iniciales), a saber la definición restringida de las fuentes de las obligaciones que el Estado lesionado debe tener en cuenta en relación con la solución de controversias. Con arreglo al párrafo 1, a del artículo 12, se recurrirá a los procedimientos de solución de controversias que los Estados interesados «estén obligados a utilizar* en virtud de cualquier tratado aplicable* en el que sean partes».
- 9. Si se interpreta esta disposición a la luz del concepto ordinario de la aplicabilidad de las disposiciones legales, se debe llegar a la conclusión de que sería aplicable un tratado en vigor entre las partes en cuya virtud éstas estarían obligadas a recurrir a medios de solución amistosa, a saber a medios que excluirían las contramedidas unilaterales. En ese caso, al menos se conseguiría que la imprecisa obligación dimanante del requisito temporalmente indeterminado de recurrir a procedimientos de solución de controversias tuviese un objetivo menos vago: determinar los procedimientos de soluciones de controversias que deben utilizarse. Sin perjuicio de las precisiones que figuran provisionalmente entre corchetes y a las que nos referiremos más adelante, esos procedimientos de solución de controversias incluirían todos aquellos que las partes pudieran estar obligadas a utilizar en virtud de cualquier tratado sobre solución de controversias, como la Carta de las Naciones Unidas, los acuerdos regionales multilaterales sobre solución de controversias y, cierta-

(Continuacion de la nota 9)

Lamentablemente esas excepciones no fueron objeto, a nuestro juicio, de un examen adecuado en el seno del Comité de Redacción de 1993. Lo mismo ocurrió respecto de la condición de la «respuesta debida» del proyecto de artículo 11 (1bíd.) En los párrafos 62 y siguientes *infra* se examinan esos y otros factores de flexibilidad

Durante el debate celebrado en 1992, muchos miembros de la Comisión consideraron que estaba justificado intentar reforzar el requisito del recurso previo a los procedimientos de solución amistosa, no obstante, a juicio de algunos de ellos, el requisito era demasiado riguroso En particular, se formularon objectiones al hecho de que se hictera extensivo el requisito a todos los procedimientos de solución disponibles, a la expresión «a su disposición», a causa de su vaguedad, y a la expresión «haya agotado» Esos tres aspectos se podían retocar de alguna manera, a pesar de la necesidad de no vaciar indebidamente de contenido al Artículo 2, párrafo 2 ni al Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas (de acuerdo, por ejemplo, con la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas [Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, anexo]). Esos aspectos se examinan en los párrafos 63 y siguientes infra

¹⁰ Anuario 1993, vol I, 2318 a sesión, párr 14

mente, los instrumentos bilaterales de arbitraje, conciliación y arreglo judicial¹¹. Habida cuenta de que una controversia relativa a un hecho lícito internacional constituiría una controversia jurídica, habría muchas probabilidades de que uno o más de esos tratados multilaterales o bilaterales se ajustase al requisito de la «aplicabilidad».

No obstante, no parece ser ese el objetivo que perseguían los miembros del Comité de Redacción que incluyeron la palabra «aplicable» en el apartado a del párrafo 1. En primer lugar, no hay certeza de que la expresión «tratado aplicable» abarque también la Carta de las Naciones Unidas, instrumento que se suele mencionar por su propio nombre. En segundo lugar, en la declaración del Presidente del Comité de Redacción de 1993 ya mencionada, se dice que el «término "aplicable" [que presumiblemente se precisará teniendo en cuenta el comentario al artículo antes de su aprobación por el plenario] se refiere a un tratado aplicable a la esfera a que se refieren el hecho ilícito y las contramedidas*» 12. En otras palabras, los únicos tratados aplicables en relación con la imprecisa obligación de arreglo de controversias que incumbe al Estado lesionado serían los que se refieren al ámbito específico afectado por el hecho ilícito y por las contramedidas en cada caso concreto. Si se interpretara así el párrafo 1, apartado a del artículo 12, el Estado lesionado, a los efectos del recurso a contramedidas, podría hacer totalmente caso omiso no sólo del Artículo 2, párrafo 3 de la Carta de las Naciones Unidas, sino, de hecho, de todo su Capítulo VI y de todos los tratados generales sobre conciliación, arbitraje o arreglo judicial que estuviesen en vigor entre las partes, por no hablar ya de las declaraciones generales de aceptación de la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia en virtud del párrafo 2 del artículo 36 del Estatuto de la Corte (la denominada «cláusula facultativa»). Unicamente serían aplicables las cláusulas compromisorias de los tratados que abarcasen el ámbito afectado por el hecho ilícito y las contramedidas. Es preciso preguntarse si el Comité de Redacción tenía realmente el propósito de llegar a esos extremos por lo que respecta a la restricción prevista. Es cierto que, con arreglo al Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, la obligación de solucionar las controversias que emana del Artículo 2, párrafo 3, prevalecería sobre las obligaciones establecidas en una convención sobre la responsabilidad de los Estados. No obstante, sería sumamente lamentable que la Comisión de Derecho Internacional presentase a los Estados un proyecto que pudiera ser objeto de interpretaciones incompatibles con las disposiciones fundamentales de la Carta de las Naciones Unidas.

11. Aunque, en un sentido muy amplio, la declaración del Presidente del Comité de Redacción constituye una interpretación «auténtica» de la disposición en cuestión, no cabe sino preguntarse cómo se justifica, una vez que el texto haya sido aprobado en forma de convención, que pueda afirmarse, por ejemplo, que un tratado general en el que se prevea el recurso obligatorio a la conciliación, al

¹¹ Así pues, la definición de procedimientos de solución de controversias aplicables sería análoga, mutatis mutandis, a la definición que resultaría de analizar la expresión «a su disposición» que figura en el párrafo 1, apartado a del proyecto de artículo 12 que propuso el Relator Especial en 1992

¹² Anuario 1993, vol I, párr 11 (véase nota 10 supra)

arbitraje o al arreglo judicial — «obligatorio» en el sentido de que el procedimiento correspondiente puede ponerse en marcha en virtud de una petición unilateral— no es «aplicable» a una controversia simplemente por el hecho de que esa controversia se refiere a un presunto hecho ilícito internacional. Cabe formular la misma pregunta cuando la controversia relativa al hecho ilícito en cuestión se inserta indiscutiblemente en el marco de una relación jurisdiccional entre el Estado presuntamente lesionado y el Estado que presuntamente infringió la ley, en virtud de la aceptación por uno y otro de la cláusula facultativa del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

- 12. Considerando, no obstante, que el Presidente del Comité de Redacción ha presentado en esos términos el texto que se examina, será difícil esperar que se aceptase una interpretación amplia de la expresión «aplicable» en el plenario, a menos que éste examinara de nuevo la cuestión a fondo y remitiese posteriormente el texto al Comité de Redacción para que procediera a aclararlo. También se debería aclarar el texto por lo que respecta a la manifiesta omisión de toda referencia a la Carta de las Naciones Unidas, lo que constituye una lamentable laguna en un proyecto que emana de un órgano de las Naciones Unidas.
- 13. La expresión «aplicable», referida a los tratados que ha de tener en cuenta el Estado lesionado a los efectos de lo dispuesto en el párrafo 1, a del texto del artículo 12 que aprobó el Comité de Redacción de 1993, entraña una restricción que se acentuaría si, en particular, también se aceptase como «auténtica» la explicación que dio el Presidente del Comité de Redacción mediante la oración «esfera a la que se refieren el hecho ilícito y^* las contramedidas». Si se atribuye a la conjunción «y» el significado que ordinariamente tiene, el tratado debe ser aplicable al hecho ilícito y a las contramedidas. En consecuencia, es preciso preguntarse en qué casos el «hecho ilícito» y las contramedidas se refieren a esferas diferentes con arreglo a derecho. Considerando que la mayoría de las contramedidas no entra dentro de la categoría de las llamadas medidas «de reciprocidad», hay muchas posibilidades de que ambas esferas no coincidan. En ese caso, ¿qué ocurrirá cuando ambas esferas estén sometidas a regímenes distintos de solución de controversias? ¿Qué ocurriría, en particular, si la esfera o la cuestión relacionada con el hecho ilícito estuviera sujeta a una cláusula compromisoria y no lo estuviera la contramedida, o viceversa? Es preciso preguntarse de nuevo cuál es el propósito al que obedece la oración mencionada, lo que podría aclarar el Comité de Redacción de 1994.
- 14. Si se mantuviera la expresión «aplicable» en el párrafo 1, apartado a del proyecto de artículo 12 que aprobó el Comité de Redacción de 1993, la futura convención sobre la responsabilidad de los Estados bien podría entrañar un grave debilitamiento, cuando no una derogación parcial, de la obligación de solución amistosa que se impone a las partes en la convención.
- 15. El hecho de autorizar las contramedidas entraña permitir el incumplimiento de obligaciones internacionales que sirven para compeler a una parte en una controversia a que cese de realizar el hecho ilícito o proceda a indemnizar, según el caso. Si no se prevé, por lo menos, el previo cumplimiento de las disposiciones de los instrumentos en vigor relativos a la solución de controversias se

pondría en entredicho, aunque de manera indirecta, las obligaciones que surgen de esos instrumentos. Así pues, la entrada en vigor de una convención sobre la responsabilidad de los Estados podría entrañar un retroceso de la normativa en materia de solución amistosa y, de resultas de ello, la Comisión contribuiría a la involución del derecho internacional en esa esfera. Más adelante volveremos a ocuparnos de esta cuestión de suma importancia ¹³.

- 16. Si se examina de nuevo ese aspecto aún más esencial de la versión del Comité de Redacción de 1993, en la que desaparece el requisito del recurso previo a un procedimiento de solución de controversias, cabe encontrar una explicación de ese importante cambio de criterio en la mencionada declaración del Presidente del Comité de Redacción ante el plenario. Después de afirmar que «la cuestión que ha suscitado muchos debates» en el Comité de Redacción «ha sido la de saber si la aplicación de un procedimiento de solución debería necesariamente o no preceder al recurso a las contramedidas» y añadir —lo que es aún más importante— que «la primera solución indudablemente era preferida por numerosos miembros del Comité*», el Presidente indicó que había prevalecido un criterio diferente, habida cuenta de que la solución preferida (a saber el recurso previo a un procedimiento de solución) «podría... suscitar varios problemas», a saber: a) el requisito del recurso previo «sería injustificable en los casos en que el hecho internacionalmente ilícito continuase»; b) si se estableciese ese requisito no se tendría en cuenta el hecho de que «el Estado lesionado podría tener que adoptar "medidas cautelares" como la congelación de activos, etc., sin recurrir previamente a un procedimiento de solución»; y c) según «algunos miembros», había casos (aparte de la continuación del hecho ilícito y de las medidas cautelares) «en los que no estaría siempre justificado exigir que el recurso a un procedimiento de solución de controversias precediera al ejercicio de contramedidas»14.
- 17. Habida cuenta de que esas son las razones a que obedeció el importante criterio adoptado, parece conveniente examinarlas más detenidamente para comprender mejor el texto¹⁵.
- 18. Por lo que respecta a la primera cuestión, la hipótesis de la continuación del hecho ilícito no debe excluir, a nuestro juicio, la posibilidad de que en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados se prevea, en principio, la obligación del Estado presuntamente lesionado de recurrir a procedimientos de solución de controversias *antes* de adoptar contramedidas.
- 19. En primer lugar, las violaciones de las obligaciones internacionales no tienen siempre un carácter continuado. Aun cuando se suprima el requisito del recurso previo a los procedimientos de solución de controversias respecto de las violaciones de carácter continuado —aspecto éste que es más dudoso de lo que parece a primera vista— es

¹³ Véanse párrs 48 a 61 infra

¹⁴ Anuario. 1993, vol I, párr 14 (véase nota 10 supra)

¹⁵ Ello permitirá tener más posibilidades de comprender debidamente lo que se quiere decir en la declaración mencionada cuando, para explicar el texto aprobado del párrafo 1, a se destacan «las condiciones que deben de entrada* respetarse para que sea lícito el recurso a contramedidas» (ibíd)

difícil comprender por qué no se debe insistir, por lo menos, con las violaciones que no son constantes

- En segundo lugar, es sumamente incierto que el requisito del recurso previo a los procedimientos de solución de controversias no se puede hacer extensivo a las violaciones de carácter continuado. No se debe pasar por alto que, aunque en aras de la brevedad, se hace referencia al «Estado lesionado» y al «Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito», sería más correcto referirse siempre al Estado presuntamente lesionado y al Estado que habria cometido el hecho internacionalmente ilícito o, por lo menos, considerarlos de ese modo. Como en un principio no se tiene la seguridad de que el Estado presuntamente infractor cometió o está cometiendo un hecho ilícito, únicamente se debería hacer referencia, hasta que se resolviese la cuestión, a una presunta obligación de cesar de realizar ese acto y a una presunta obligación de proceder a indemnizar Ahora bien, con arreglo a este punto de vista, realmente no existen muchas diferencias entre la cesación y la reparación Ambas son objeto de una reclamación formulada por uno o más Estados presuntamente lesionados Por ello, en la mayoría de los casos de violaciones ordinarias (y salvo por lo que respecta a las medidas cautelares), el recurso inmediato a las contramedidas no está necesariamente más justificado a los efectos de que cese la continuación de la violación que a los efectos de que se indemnice por una violación que ha concluido En ambos casos, el recurso a las contramedidas debe ir precedido en principio no sólo de una reclamación, sino también de un intento de dialogar y posiblemente de solucionar la controversia por medios amistosos En el caso de continuación de una violación -y de indemnización urgente por una violación muy grave— se debe proceder a la aplicación de medidas cautelares, sobre las que es necesario hacer algunas precisiones
- 21 Al margen de las reflexiones anteriores, en ningún caso se debe considerar forzosamente que tiene un carácter absoluto la obligación del Estado lesionado de recurrir previamente a medios pacíficos. Con independencia de que el presunto hecho ilícito haya concluido o continúe, debe quedar cierto margen para adoptar las medidas que sean necesarias a los efectos de proteger de manera cautelar el derecho del Estado presuntamente lesionado Aunque ciertamente no es fácil definir las medidas cautelares -cuestión de la que volveremos a ocuparnos más adelante 16— la dificultad de esa tarea [que no abordaron ni el Comité de Redacción ni el plenario de la Comisión en el 45° período de sesiones (1993)] no constituía en absoluto una justificación para dejar de lado la idea del recurso previo a los procedimientos de solución de controversias respecto de los diferentes tipos de presuntas violaciones
- 22 Como reconoció el Presidente del Comité de Redacción en su declaración, el proyecto de artículo 12 propuesto en 1992¹⁷ no preveía la adopción de medidas cautelares como excepción a la norma general del recurso previo a los procedimientos de solución de controversias En el párrafo 2 de ese proyecto de artículo se disponía que

la condicion enunciada en el apartado a del partafo precedente [del recurso previo a los procedimientos de derecho internacional de solución de controversias a disposición del Estado] no se aplicara

b) a las medidas cautelares adoptadas por el Estado lesionado hasta que un organo internacional haya resuelto sobre la admisibilidad de esas medidas en el marco de un procedimiento de solución por intervención dirimente de un tercero

[]

Según la declaración del Presidente del Comité de Redacción,

el Relator Especial habia tenido en cuenta esa hipotesis [la cuestion de las medidas de proteccion unilaterales] al prever una excepcion a la regla general del recurso previo Sin embargo, el Comite de Redacción no considero oportuno seguir esta linea debido al caracter poco preciso de la noción de «medidas cautelares adoptadas por el Estado lesionado» 18

No obstante, es curioso que se rechazaran en esos términos las medidas cautelares (por su imprecisión conceptual), pero que, como se desprende de la declaración mencionada del Presidente del Comité de Redacción, en la práctica se mantuviera el concepto en el contexto del propio razonamiento del Comité de Redacción

- 23 Ciertamente resulta difícil comprender cómo la imprecisión del concepto de medidas cautelares pudo haber inducido al Comité de Redacción a rehuir el problema de la continuación de las violaciones suprimiendo el requisito del recurso previo a los procedimientos de solución de controversias La lamentable (y en parte inevitable) imprecisión del concepto de medidas cautelares que utilizó el Relator Especial solamente podía favorecer la posición del Estado presuntamente lesionado Cuanto más impreciso sea el concepto de medidas cautelares, más posibilidades tendrá ese Estado de ampararse en la excepción al requisito del recurso previo a los procedimientos de solución de controversias Suponiendo que ello se considerara indeseable, por lo menos se debería haber intentado restar imprecisión al concepto, pero no se hizo nada al respecto En consecuencia, aún resulta más dificil comprender cómo se convenció, por el contrario, el Comité de Redacción de 1993 de que se debía remediar el problema de la amplitud de las medidas cautelares que figuran en el proyecto del Relator Especial de 1992 como excepción al requisito del «recurso previo» (particularmente en el caso de la continuación de una violación), suprimiendo totalmente el requisito del recurso previo a los procedimientos de solución de controversias respecto de cualquier tipo de violación
- 24 Por lo que respecta a la tercera razón indicada, consideramos difícil comprender en qué circunstancias, al margen de la continuación de las violaciones y de otros casos que exigen la adopción de medidas cautelares, «algunos miembros» estimaron que «no estaría siempre justificado exigir que el recurso a un procedimiento de solución de controversias precediera al ejercicio de contramedidas» ¹⁹ Si no se pudo dar al requisito de recurso previo el carácter de norma inmutable, resulta nuevamente difícil comprender por qué no se podían haber establecido excepciones, ya fuera permitiendo la formulación de una definición posiblemente más acertada de las medidas cautelares, ya sea autorizando expresamente la adop-

¹⁶ Veanse parrs 73 y ss *infra*

¹⁷ Anuario 1992 vol II (segunda parte) pag 29 nota 61

¹⁸ Vease nota 14 supra

¹⁹ lbıd

ción de cualquier tipo de contramedidas siempre que el Estado que presuntamente infringió la ley «no coopera de buena fe en la elección y aplicación de los procedimientos de solución disponibles» (tal como se establece en el párrafo 2, a del proyecto de artículo propuesto por el Relator Especial en 1992). No se comprende por qué se consideró ineludible la adopción del criterio contrario, a saber abandonar *cualquier idea* relacionada con el recurso previo a los medios de solución amistosa y dejar la cuestión exclusivamente a discreción del Estado presuntamente lesionado.

- 25. Además de la desaparición del requisito del recurso previo a los procedimientos de solución de controversias (previsto en 1985,1986 y en 1992), la versión del Comité de Redacción de 1993 presenta otras características muy importantes que tal vez desee examinar la Comisión.
- 26. La desaparición del requisito del recurso previo está estrechamente relacionada con la supresión de cualquier obligación del Estado presuntamente lesionado de informar al Estado que presuntamente cometió el hecho ilícito sobre su intención de recurrir a las contramedidas. En el párrafo 1, apartado b del proyecto de artículo 12 propuesto por el Relator Especial en 1992, que era un versión simplificada de las disposiciones muy detalladas sobre notificación del anterior Relator Especial, se ordenaba al Estado lesionado que no recurriera a las contramedidas antes de haber «comunicado su intención en la forma y en el momento debidos» al Estado que hubiese cometido el hecho ilícito. Al parecer, el Comité de Redacción de 1993 no examinó ese aspecto por falta de tiempo.
- 27. Otro aspecto importante es el hecho de que en la versión de 1993 no se abordó el problema de definir, al margen de los «tratados aplicables», el carácter del procedimiento de solución de controversias al que podría recurrir el Estado presuntamente lesionado. Como se desprende de los corchetes que figuran en las partes correspondientes de los apartados a y b del párrafo 1, por no mencionar, al respecto, el párrafo 2, el texto del Comité de Redacción de 1993 deja la solución de esa cuestión en manos de la Comisión. Así pues, se deben prever más de tres variantes.
- Una de ellas sería prever en los apartados a y b del párrafo 1 cualesquiera procedimientos de solución amistosa, que irían de la negociación ordinaria, la mediación y la conciliación al arbitraje, el arreglo judicial y el recurso a órganos políticos universales o regionales. Una segunda variante sería que en los mencionados apartados se previesen únicamente procedimientos de solución por intervención de un tercero, que incluirían, no obstante, procedimientos obligatorios y no obligatorios. Esta solución abarcaría la conciliación, el arbitraje y el arreglo judicial. Una tercera variante (a juzgar por las palabras que figuran entre corchetes) sería que dichos apartados previesen únicamente, como contenido de la obligación bastante amplia del Estado lesionado de recurrir a procedimientos de solución amistosa, los procedimientos obligatorios por intervención de un tercero, a saber el arbitraje y el arreglo judicial exclusivamente.
- 29. De todos modos, esas no son las únicas variantes. Como se indicó acertadamente en la declaración del Presidente del Comité de Redacción de 1993, algunos miem-

bros del Comité propugnaban soluciones distintas para los apartados a y b del párrafo 1. Esas diferencias permitirían que se propusieran nuevas variantes²⁰.

- 30. En aras de la brevedad, nos limitaremos a examinar las tres principales variantes. Si los apartados a y b del párrafo 1 del artículo 12 se interpretasen en un sentido amplio, de manera que abarcasen todos los procedimientos de solución de controversias, la discrecionalidad del Estado lesionado se reduciría a un nivel que, mutatis mutandis, sería relativamente similar al previsto en el proyecto de artículo 12 propuesto por el Relator Especial y sometido al Comité de Redacción en 1992. La obligación de solución amistosa abarcaría, en un principio, cualesquiera procedimientos de solución de controversias, que irían desde la mera negociación a cualquier tipo de procedimientos judiciales o políticos, obligatorios o no obligatorios, por intervención de un tercero.
- 31. De todos modos, seguiría habiendo dos diferencias fundamentales entre la versión del Comité de Redacción de 1993 y las propuestas de 1985, 1986 y 1992 que la Comisión tenía ante sí. Ciertamente una de esas diferencias es la ya indicada desaparición del requisito del recurso *previo* a los procedimientos de solución de controversias²¹. El Estado lesionado debería tener libertad para determinar si el recurso a los procedimientos de solución amistosa deben ser anteriores, simultáneos o posteriores al recurso a las contramedidas. La segunda diferencia, que es también fundamental, estriba en la probabilidad de que la expresión «tratado aplicable*» que se ha examinado supra haga aún más imprecisa la obligación del Estado lesionado. De hecho, esa obligación podría resultar muy limitada. No abarcaría los medios previstos en instrumentos generales como la Carta de las Naciones Unidas ni en tratados generales, bilaterales o multilaterales sobre solución de controversias. Con arreglo al párrafo 1, apartado a del artículo 12 aprobado por el Comité de Redacción, el recurso previo, simultáneo o posterior a esos procedimientos únicamente sería obligatorio en la medida en que lo fuese también en virtud de la cláusula compromisoria del tratado presuntamente infringido por el acto ilícito y las contramedidas.
- 32. El requisito del recurso a los procedimientos de solución de controversias sería aún menos riguroso si, de conformidad con las variantes segunda y tercera, tuviera que interpretarse que el párrafo 1, apartado a del artículo 12 que aprobó el Comité de Redacción de 1993 se refiere únicamente a los procedimientos por intervención de un tercero o, lo que es peor, a los procedimientos obligatorios por intervención de un tercero. Habida cuenta de la nueva limitación que entraña la propuesta de que el requisito del recurso a los procedimientos de solución de controversias se refiera únicamente a los procedimientos pre-

 $^{^{20}}$ Por ejemplo, se podría prever *cualquier* procedimiento de solución de controversias en el apartado a del párrafo 1 y únicamente procedimientos por intervención de un tercero en el apartado b, o viceversa, en tanto que en el párrafo 2 se podría prever uno u otro caso, o incluso una tercera solución Ciertamente, las posibles combinaciones son muy numerosas

²¹ La Comisión debe examinar más detenidamente la cuestión de determinar si se debe precisar que el requisito consiste en recurrir, aplicar o «agotar» (concepto éste último que aparece en el proyecto de artículo 12 propuesto por el Relator Especial en 1992) Véanse los párrafos 62 a 81 *infra*

vistos en los tratados «aplicables», término que se interpreta presumiblemente en un sentido estricto, la obligación del Estado lesionado sería mucho más restringida que la obligación prevista en la misma disposición con arreglo a la primera variante. Con mayor motivo, sería más restringida que la obligación que surge del párrafo 1, apartado a del artículo 12 propuesto por el Relator Especial en 1992. Con arreglo a la segunda variante, el Estado lesionado únicamente estaría obligado a recurrir a la conciliación, al arbitraje o al arreglo judicial previstos en los tratados «aplicables» (término interpretado en sentido estricto, según se explica supra); con arreglo a la tercera variante, ese Estado únicamente estaría obligado a recurrir al arbitraje o al arreglo judicial previstos en los mencionados tratados «aplicables».

2. Apartado b del párrafo 1

- 33. En el párrafo 1, apartado b se prevé el caso de que no exista ninguna obligación de solución en virtud de un tratado «aplicable» entre las partes en el marco de una relación de responsabilidad. En ese caso, que seguramente se planteará con frecuencia si la Comisión se inclina por las variantes segunda o tercera, que surgen del texto del párrafo 1, apartado a que aprobó el Comité de Redacción²², el Estado lesionado está obligado a ofrecer a la otra parte el recurso a un procedimiento de solución de controversias. Considerando que el tipo de procedimiento que se ha de ofrecer se define entre corchetes en el apartado b del párrafo 1 en los mismos términos que en el apartado a de ese párrafo, se pueden prever de nuevo algunas variantes. En este caso, las principales son también tres, a saber: a) cualesquiera procedimientos de solución de controversias; b) cualesquiera procedimientos de solución de controversias por intervención de un tercero; y c) únicamente procedimientos de solución obligatoria por intervención de un tercero²³.
- 34. Según la declaración del Presidente del Comité de Redacción de 1993, la posibilidad que surge del párrafo 1, b del texto del Comité no se previó en la propuesta que formuló el Relator Especial en 1992. Ello es prima facie correcto desde el punto de vista formal, en el sentido de que en la propuesta no se preveía expresamente el caso en que el Estado lesionado no pudiera recurrir a procedimientos aplicables de solución de controversias en el marco de una norma jurídica internacional en vigor. No obstante, a tenor de lo dispuesto en el texto del artículo 12 que propuso el Relator Especial en 1992, la propia posibilidad de que existiera una «laguna» en las obligaciones de solución de controversias que tenían las partes resultaba sumamente improbable, cuando no quedaba excluida.
- 35. Ciertamente, al obligar al Estado lesionado a tener que recurrir a *cualesquiera* procedimientos de solución de controversias que tuviera *legalmente a su disposición* en virtud del derecho internacional general, de la Carta o de cualquier otro instrumento en materia de solución de controversias que estuviera en vigor entre las partes, el texto del Relator Especial, a diferencia de la fórmula de los

²² Véanse párrs. 32 supra y 37 infra.

23 Ibíd.

«tratados aplicables», que se interpreta restrictivamente, abarcaba una gama tan amplia de procedimientos de solución de controversias que el Estado lesionado tendría, como mínimo, que intentar recurrir a la negociación y, por ende, en caso de que no pudiese recurrir a ningún otro procedimiento «a su disposición», ese Estado también podría proponer que se eligiesen métodos más eficaces de entre los previstos en el Artículo 33, párrafo 1 de la Carta. Así pues, la laguna teórica por lo menos se salvaría en la práctica merced a la última disposición. Con más razón, la «laguna» se salvaría gracias a las obligaciones de solución de controversias existentes entre las partes en virtud de tratados generales de conciliación, arbitraje o arreglo judicial o en virtud de cláusulas compromisorias o de declaraciones de aceptación de la competencia de la Corte Internacional de Justicia.

- 36. Las reflexiones anteriores no permiten descubrir la diferencia real que existe entre la versión del párrafo 1, apartado b del artículo 12 que aprobó el Comité de Redacción de 1993 y el texto propuesto por el Relator Especial en 1992. Como se ha explicado más arriba, en los párrafos 3 y 6, esa diferencia estriba en el factor tiempo. Según el texto de 1992, cualquier ofrecimiento al respecto ha de preceder al recurso a las contramedidas. Según el texto de 1993, el requisito se cumple si el ofrecimiento es posterior o simultáneo a las contramedidas.
- Surgiría otra diferencia si la Comisión decidiese excluir la primera variante (cualquier medio de solución de controversias) y mantener únicamente la segunda (cualesquier procedimientos por intervención de un tercero) o la tercera (únicamente procedimientos obligatorios por intervención de un tercero). Así pues, el Estado lesionado tendría que limitarse a ofrecer métodos más efectivos que la negociación o la conciliación, según se adoptasen, respectivamente, las variantes segunda o tercera. Si no fuera por la «laguna» fundamental que representa la cláusula del tratado «aplicable» del párrafo 1, apartado a, la muy moderada solución propuesta por el Comité de Redacción de 1993 podría parecer más exigente para el Estado lesionado. No obstante, esa ventaja aparente parece ser ilusoria si se tiene en cuenta el factor tiempo, es decir el hecho de que el Estado lesionado no esté obligado a ofrecer ningún procedimiento de solución por intervención de un tercero o de solución obligatoria por intervención de un tercero *antes* de recurrir a las contramedidas. En cualquier caso, sería aconsejable que, antes de suprimir la primera variante, se examinasen más detenidamente las consecuencias negativas que podrían surgir de la exclusión de un método de solución tan importante como la negociación.

3. Párrafo 2

38. Aunque se ha eliminado el requisito del recurso *previo* a los procedimientos de solución de controversias, en el texto del artículo 12 aprobado por el Comité de Redacción de 1993 se procura restringir la facultad del Estado lesionado para recurrir a las contramedidas. Con este fin, en el párrafo 2 se dispone que ese derecho «quedará suspendido cuando el Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito aplique de buena fe un procedimiento acordado de solución [obligatoria] de la contro-

versia y en la medida en que lo aplique, siempre que haya cesado el hecho internacionalmente ilícito». El término «acordado» parece referirse, según la explicación del Presidente del Comité de Redacción de 1993 contenida en su declaración «tanto a los procedimientos aplicados en virtud de obligaciones preexistentes, que se contemplan en el apartado a del párrafo 1, como a los procedimientos aceptados a raíz de un ofrecimiento, que son objeto del apartado b»²⁴.

- 39. Es difícil, dadas las oscuridades del texto, analizar la función de esta disposición. El principal aspecto oscuro se debe al hecho de que en el párrafo 2, a diferencia de los apartados a y b del párrafo 1, no se utiliza la palabra «obligatoria» en conjunción con la frase «por intervención de un tercero». Parecería con todo que la intención de los miembros del Comité de Redacción que deseaban dejar de lado los procedimientos no obligatorios era excluir no sólo la conciliación sino también la negociación de los diferentes procedimientos cuya iniciación suspendería la facultad del Estado lesionado para recurrir a las contramedidas. La redacción del párrafo 2 aprobada por el Comité de Redacción contendría entonces dos posibilidades. Con arreglo a una de ellas, esa facultad quedaría suspendida como resultado de la aplicación de un arbitraje o un procedimiento de arreglo judicial. Con arreglo a la otra, quedaría también suspendida tras la iniciación de la conciliación o la negociación.
- La prohibición del uso de contramedidas y la suspensión de las contramedidas ya adoptadas mientras se trata de llegar a una solución amistosa parece ser una solución correcta. Es también natural que la suspensión no sea obligatoria cuando el Estado acusado de la violación no aplica el procedimiento de buena fe. El requisito de la buena fe parece especialmente apropiado cuando se está tratando de lograr una solución mediante negociaciones o conciliación. Tal vez lo sea menos cuando las partes están aplicando un procedimiento arbitral o judicial, en cuyo caso la buena fe procesal de ambas partes está sujeta a la vigilancia y las medidas del órgano encargado de dirimir el conflicto. Sin embargo, el requisito de la buena fe seguiría siendo esencial, en primer término, en la etapa de preparación del procedimiento arbitral o judicial, en segundo término en el caso de imposición por el tribunal de medidas provisionales de protección, y en tercer término en el momento en que el tribunal emitiera una decisión que debiera ser acatada de buena fe por ambas partes.
- 41. No estamos tan seguros, por las razones indicadas más arriba en el párrafo 20, que sea apropiada la segunda condición para la suspensión de las contramedidas, establecida en el texto del párrafo 2 del Comité de Redacción, a saber la cesación de la conducta supuestamente ilícita por parte del presunto culpable.
- 42. Como se explicó antes, este requisito estaría plenamente justificado si no hubiera dudas en cuanto a la existencia y a la imputación del hecho ilícito, ni en cuanto a la ausencia de circunstancias que excluyen la ilicitud. Una vez más, la cesación del hecho no debería normalmente tratarse de manera diferente que la reparación. Aunque esto parece especialmente correcto en todos los casos en

que el procedimiento pendiente es un procedimiento por intervención de un tercero, sería la solución correcta incluso cuando el supuesto culpable estuviera llevando a cabo de buena fe negociaciones²⁵.

4. Párrafo 3

43. Con arreglo al párrafo 3 del texto del artículo 12 aprobado por el Comité de Redacción de 1993,

La suspensión del derecho del Estado lesionado a adoptar contramedidas terminará si el Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito no atiende cualquier requerimiento o mandamiento dimanante del mecanismo de solución de controversias

Aunque no se utiliza en ella el término «medida provisional», esta disposición se refiere probablemente a esas medidas cuando habla de «cualquier requerimiento o mandamiento dimanante del mecanismo de solución de controversias», y es ciertamente correcto que la falta de cumplimiento por un Estado supuestamente culpable de un requerimiento o mandamiento de ese tipo ponga fin a la suspensión del derecho del Estado lesionado a adoptar contramedidas.

- 44. Sin embargo, cabe señalar que los únicos procedimientos de solución de controversias de los que podría dimanar un «requerimiento o mandamiento» de adopción de medidas cautelares son los procedimientos por intervención de un tercero y, en principio, entre éstos sólo los procedimientos judiciales. De esto se desprende que tal vez sea necesario reexaminar esta disposición en el caso de que los procedimientos de solución de controversias que, según lo previsto, suspenden el derecho a adoptar contramedidas (art. 12, párr. 2) incluyan, una vez resueltas las alternativas que figuran entre corchetes, procedimientos que no prevean la posibilidad de medidas cautelares. Este sería el caso de la negociación y, en principio, de la conciliación ordinaria y de las formas corrientes de arbitraje.
- 5. Principales deficiencias del texto aprobado para el artículo 12 por el Comité de Redaccion de 1993
- 45. Además de las oscuridades e incertidumbres señaladas antes, los principales problemas del texto aprobado por el Comité de Redacción de 1993 para el artículo 12, dejando de lado, por el momento, el artículo 11²⁶, son, en nuestra opinión, los siguientes.

²⁴ Anuario 1993, vol I, párr 15 (nota 10 supra)

²⁵ Suponemos que este punto quedaría cubierto no sólo por la referencia a la «buena fe» contenida en el párrafo 2, apartado a del proyecto de artículo 12 propuesto por el Relator Especial en 1992, sino también por el requisito de la «respuesta debida» indicado como condición del recurso legítimo a las contramedidas en el proyecto de artículo 11 propuesto por el Relator Especial el mismo año El Comité de Redacción de 1993 dejó de lado este último concepto por considerarlo demasiado vago (véase Anuario 1993, vol I, párr 6 [nota 10 supra]) En relación con estos y otros elementos de flexibilidad contenidos en la propuesta de 1992, véanse los párrafos 62 a 81 infra

²⁶ Para un examen de algunos elementos importantes del artículo 11 y de los elementos cuestionables del texto de este artículo aprobado por el Comité de Redacción de 1993, véanse los párrs 62 y ss y especialmente el párr 67 y los párrs 69 y ss *infra*

- 46. En primer lugar, en el texto del Comité de Redacción *no se hace ningún esfuerzo por contrarrestar* la legitimación de las contramedidas unilaterales con obligaciones suficientemente estrictas de recurso previo a procedimientos amistosos de solución de controversias. Por el contrario:
- a) Un Estado supuestamente lesionado quedaría, con arreglo a la futura convención sobre la responsabilidad de los Estados, en libertad de aplicar contramedidas *antes* de recurrir a ningún procedimiento de arreglo amistoso;
- b) Además, con la excepción obvia de la hipótesis de la «oferta» prevista en el párrafo 1, b del texto del Comité de Redacción de 1993, ese Estado solamente estaría obligado a recurrir (en el momento que quisiera) a los medios previstos en un tratado «aplicable» (en el sentido estrecho antes explicado);
- c) Esa obligación limitada se reduciría aún más si en la futura convención sobre la responsabilidad de los Estados se decidiera circunscribirla a medios como los procedimientos iniciados por intervención de un tercero o, incluso peor, a los procedimientos obligatorios iniciados por intervención de un tercero, con lo que se pasaría por alto el papel crucial que desempeña y debe desempeñar la negociación;
- d) Además, en el texto aprobado por el Comité de Redacción de 1993 se hace caso omiso de los problemas de la comunicación previa y oportuna por el Estado lesionado de su intención de recurrir a las contramedidas. Este requisito se establecía en el del párrafo 1, apartado b del proyecto de artículo 12 propuesto por el Relator Especial. Según el texto del Comité de Redacción, el Estado lesionado quedaría en cambio libre de toda obligación de notificación previa de las contramedidas (se negaría al culpable toda oportunidad de «arrepentimiento»).
- 47. No menos importante es el hecho de que, al no prohibir el recurso a las contramedidas antes de recurrir a procedimientos de solución de controversias que el Estado lesionado podría estar obligado a utilizar con arreglo a instrumentos distintos de la propia convención sobre la responsabilidad de los Estados (que es todo lo que se preveía en las propuestas de 1985, 1986 y 1992), el texto del Comité de Redacción de 1993 parecería excusar a los Estados, en lo que respecta a la convención sobre la responsabilidad de los Estados, del cumplimiento de sus obligaciones relativas a la solución de controversias. El hecho de no exigir que se recurra a los procedimientos de arreglo amistoso de las controversias disponibles antes de recurrir a contramedidas, que socava ya inevitablemente la fuerza de esas obligaciones de solución de controversias, sería aún más pernicioso a raíz de: a) la cláusula relativa a los tratados «aplicables» y b) la exclusión de algunos procedimientos de solución de controversias con arreglo a la segunda y tercera alternativa mencionadas más arriba en el párrafo 37.

B.—La cuestión crucial del requisito del recurso previo a procedimientos de solución de controversias

48. Por difícil que pueda ser adoptar medidas significativas en la elaboración del derecho de la responsabilidad de los Estados y del derecho de la solución de controver-

sias, no es posible dejar de observar que el texto aprobado por el Comité de Redacción de 1993 para el artículo 12 —sin mencionar el artículo 11^{27} — no representa ningún progreso en esas esferas esenciales. De hecho, esa redacción se aparta considerablemente no sólo de los elementos esenciales de las propuestas del actual Relator Especial a que hizo referencia el Comité de Redacción de 1992²⁸, sino también del texto del artículo 10, no muy distinto de éste, propuesto por su predecesor al que ya había hecho referencia el Comité de Redacción hace casi 10 años²⁹. Aunque está dispuesto a aceptar, como es su obligación, las decisiones de la Comisión, el Relator Especial considera que es también su obligación expresar sus opiniones antes de que se tome una decisión definitiva. Esto es especialmente cierto en lo que respecta a una cuestión tan difícil y delicada como las relaciones que deben establecerse en el proyecto de texto sobre la responsabilidad de los Estados entre el derecho de un Estado lesionado a adoptar contramedidas unilaterales y sus obligaciones con respecto a la solución de controversias.

49. El requisito del «recurso previo a procedimientos de solución de controversias» es, en nuestra opinión, tan indispensable para la convención sobre la responsabilidad de los Estados como las normas en que se establecen la admisibilidad y la reglamentación de las contramedidas. Aunque este último punto ha sido muy discutido (cabe suponer que por diferentes razones), en primer término por algunos miembros de la propia Comisión de Derecho Internacional³⁰ y más tarde por varios representantes en la Sexta Comisión en 1992³¹, sería extremadamente difícil aceptar el concepto de que el proyecto debe limitar su tratamiento de las consecuencias de los hechos internacionalmente ilícitos a los derechos y obligaciones relativos a la cesación y a la reparación. La prerrogativa del Estado lesionado de recurrir a represalias o contramedidas, que se califica técnicamente de derecho o de facultad, forma parte integrante de las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito con arreglo a cualquier teoría de la responsabilidad internacional. En particular, la prerrogativa en cuestión sigue siendo parte integrante de esas consecuencias, ya sea que se la califique como consecuencia sustantiva o, más apropiadamente, «instrumental» de un hecho internacionalmente ilícito. Decir que el régimen de contramedidas no debe estar cubierto por la convención sobre la responsabilidad de los Estados, equivaldría a decir que en las normas de derecho internacional no se contemplan las contramedidas como un derecho o una facultad de un Estado lesionado. Además, equivaldría a decir que el derecho internacional consuetudinario no impone condiciones ni restricciones para el uso de contramedidas³².

²⁷ Ibíd

²⁸ Véase Anuario 1992, vol I, 2288 ^a sesión

²⁹ Véase nota 2 supra

³⁰ Véase Anuario 1992, vol II (segunda parte), pág 21, párrs 124 y ss

³¹ Véase, por ejemplo, la declaración formulada por el representante de Francia en el cuadragésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General (Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión, 26 a sesión, páris 5 y ss

³² Las contramedidas estarían entonces, y permanecerían, fuera del ámbito del derecho, cosa obviamente absurda Cabría preguntarse, si fuera así, si en la convención no se contemplaron las contramedidas

- 50 Si el proyecto ha de cubrir el régimen de contramedidas, conforme lo convenido sin ninguna dificultad por la Comisión y por el propio Comité de Redacción, debe prever también algún tipo de obligación de solución de controversias. Por supuesto, la naturaleza de las obligaciones de solución de controversias que han de preverse en el proyecto dependerá en alguna medida del grado de desarrollo progresivo que se quiera alcanzar. A este respecto, la Comisión, como «legislador» internacional, deberá decidir si quiere seguir el enfoque maximalista o el enfoque minimalista analizado en nuestro quinto informe.
- Es esencial que la convención sobre la responsabilidad de los Estados incluya como mínimo las obligaciones de arreglo de controversias que se necesitarían para preservar la validez y la eficacia de las obligaciones que incumben al supuesto Estado lesionado con arreglo a normas internacionales distintas de las contenidas en la convención sobre la responsabilidad de los Estados De no ser así, el solo hecho de declarar la admisibilidad ipso facto de las contramedidas simplemente sobre la base de la condición de que exista un hecho ilícito internacional anularía en efecto las normas de solución de controversias que obligarían a los futuros Estados partes Dado que la controversia se solucionaría con toda probabilidad mediante la solución impuesta al culpable a través de las contramedidas, habría muy poca o ninguna cabida para los procedimientos de solución de controversias Ese sería el resultado si la convención legitimara las contramedidas sin exigir el recurso previo a los medios de solución de controversias disponibles, es decir legalmente prescritos, y ese sería precisamente el efecto de una convención que incluyera una disposición como el párrafo 1, apartado a del artículo 12 contenido en el texto del Comité de Redacción de 1993
- 52 Para evitar malos entendidos con respecto a la naturaleza del requisito del «recurso previo a procedimientos de solución de controversias» es importante destacar que ese requisito (tal como figura en el párrafo 1, apartado a del proyecto de artículo 12 presentado por el Relator Especial en 1992, así como también, mutatis mutandis, en el artículo 10 propuesto por el anterior Relator Especial en 1985 y 1986) no impondría ninguna obligación nueva de solución de controversias a los Estados que pasaran a ser partes en una convención sobre la responsabilidad de los Estados Esa disposición se limitaría a proteger las obligaciones de solución de controversias de un supuesto Estado lesionado que existieran independientemente de la convención sobre la responsabilidad de los Estados, de las consecuencias inevitablemente negativas que surgirían de otro modo a raíz de la codificación de la admisibilidad de las contramedidas
- 53 Cabría aducir que la disposición en cuestión no constituye siquiera realmente una cuestión de desarrollo progresivo. A este respecto, hay una diferencia notable entre el artículo 12 de la segunda parte y los proyectos de

artículos de la tercera parte³⁴ En estos últimos artículos se introducirían *nuevas* obligaciones de solución de controversias que constituirían claramente un desarrollo progresivo. Por el contrario, el proyecto de artículo 12 propuesto por el Relator Especial se l'initaría a preservar y prevenir la erosión, o incluso la interpretación restrictiva, de las normas existentes de solución de controversias cuyo objeto es asegurar soluciones más imparciales y justas que las que se impondrían mediante la coacción. Los Estados participantes en la convención no estarían sujetos a ninguna obligación adicional de solución de controversias en virtud del artículo 12, que no crea nuevas obligaciones de solución de controversias sino que se limita a preservar las obligaciones existentes, así como la posibilidad de su desarrollo futuro

- Para utilizar una analogía, la exclusión de una disposición como la del párrafo 1, apartado *a* del proyecto de artículo 12 propuesto por el Relator Especial o, *mutatis mutandis*, del proyecto de artículo 10 propuesto por el anterior Relator Especial en 1985 y 1986, entrañaría no sólo lucro cesante en términos del desarrollo progresivo del derecho internacional de la solución de controversias, sino también, en medida considerable, daño emergente El lucro cesante se produciría si no se aprobara la tercera parte del proyecto o si esa parte se redujera de manera considerable y el daño emergente se produciría por las razones que se explican brevemente a continuación
- 55 El efecto negativo de la ausencia en el artículo 12 de la segunda parte del proyecto de un requisito de «recurso previo a los procedimientos de solución de controversias» es más grave de lo que podría parecer Cabria aducir, a primera vista, que el hecho de que una convencion sobre la responsabilidad de los Estados no requiera un recurso previo a procedimientos de solución de controversias previs tos en instrumentos en vigor entre las partes —como ocurriría con arreglo al texto aprobado por el Comite de Redacción de 1993 para el párrafo 1, apartado a del artículo 12— no afectaría las obligaciones de las partes con arreglo a esos instrumentos. Se puede decir, por ejemplo, que dado que las represalias armadas están prohibidas -norma de derecho consuetudinario que la convención no puede dejar de codificar— las contramedidas a las que podría recurrir legítimamente un Estado lesionado no deberían contravenir la obligación general (y prácticamente universal) de solucionar las controversias por medios pacíficos, de conformidad con lo establecido en el Artículo 2, párrafo 3 de la Carta de las Naciones Unidas No puede haber duda de que las contramedidas legítimas deberían estar limitadas a las pacificas, con arreglo al artículo 14 de la segunda parte del proyecto³
- Sin embargo, cabe preguntarse si esa consideración disipa todas las dudas. Dejando de lado la cuestión de hasta qué punto el empleo de contramedidas antes de recurrir a procedimientos de solución de controversias sería compatible con lo establecido en el Artículo 2, párrafo 3 de la Carta, donde se dice que las controversias internacionales deben solucionarse «de tal manera que no

porque eran ilicitas, conforme lo sugerido por algunos miembros de la Comision, o porque eran licitas *a priori* y no se prestaban en consecuen cia a ningun control o reglamentacion, como sugirieron algunos repre sentantes en la Sexta Comision de la Asamblea General

³³ Anuario 1993, vol II (primera parte), pags 19 y ss, documento A/CN 4/453 y Add 1 a 3, parrs 61 y ss

 $^{^{34}}$ Para el texto de los proyectos de artículos de la tercera parte veanse notas 3 y 5 supra

³⁵ Para el texto del art 14 de la segunda parte vease *Anuario* 1992 vol 11 (segunda parte) pag 34 nota 69

se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia* * 36 , la legitimación de las contramedidas consagrada en el texto aprobado por el Comité de Redacción de 1993 para el apartado a del párrafo 1 del artículo 12 no parece compatible con las obligaciones positivas para la solución de controversias. Nos referimos, por ejemplo, a las obligaciones generales de todos los Estados Miembros consagradas en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, así como a las obligaciones específicas de los Estados entre los que existen relaciones reales o presuntas de responsabilidad como resultado de sus tratados bilaterales de solución de controversias o de cláusulas compromisorias. Pese al principio de la «libre elección» de los medios, con arreglo a la interpretación generalmente aceptada del Artículo 33, párrafo 1 de la Carta de las Naciones Unidas, es difícil aceptar la idea de que el recurso a las contramedidas antes de buscar una solución por los medios enumerados en el mencionado párrafo 1 sería compatible con el derecho consuetudinario existente o con la Carta³⁷.

57. El recurso inmediato a las contramedidas sería claramente incompatible con un tratado concreto o una cláusula compromisoria en que se previera el arbitraje para las controversias jurídicas no solucionadas mediante la diplomacia. Esto sería especialmente cierto en presencia de un vínculo jurisdiccional entre los Estados interesados, derivado de su reconocimiento

como obligatoria *ipso facto* y sin convenio especial [de] la jurisdicción de la Corte [Internacional de Justicia] en todas las controversias de orden jurídico que versen sobre:

[...]

c. la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional

[0]

d. la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional³⁸.

Según la mayoría de los instrumentos de solución de controversias, el «mecanismo de activación» de la obligación de arreglo, es decir de la obligación de recurrir al procedimiento previsto, es la existencia de una controversia no solucionada mediante «la negociación» o la «diplomacia». Es difícil imaginar que el recurso a las contramedi-

das pueda considerarse parte de la negociación o de la diplomacia.

- 58. Es importante observar que la referencia limitativa a *tratados* aplicables en el párrafo 1, apartado a del artículo 12, en su forma aprobada por el Comité de Redacción, no sólo socavaría una parte considerable de los instrumentos *convencionales* existentes y futuros sobre el arreglo amistoso de controversias sino que arrojaría también una duda «de fuente autorizada» sobre las normas existentes del *derecho internacional general* sobre la cuestión.
- 59. Hay varias cuestiones importantes que deben considerarse seriamente en relación con el estado actual de la legislación relativa a la solución de las controversias y su desarrollo:
- a) Suponiendo que el Artículo 2, párrafo 3 de la Carta de las Naciones Unidas se haya convertido en un principio del derecho internacional consuetudinario, la continuación de la existencia y el desarrollo futuro de ese principio general podría resultar afectado por una disposición contenida en una convención (o incluso, de hecho, en un proyecto de codificación preparado por la Comisión) que autorizara a cualquier Estado supuestamente lesionado a recurrir ipso facto a contramedidas, sin ningún esfuerzo previo por solucionar la controversia mediante la negociación o a través de un procedimiento por intervención de un tercero (e incluso sin ninguna comunicación previa). Esto plantea la cuestión de si el Artículo 2, párrafo 3 de la Carta de las Naciones Unidas tiene simplemente el efecto negativo de condenar el recurso a medios no pacíficos o tiene también, como preferimos creer, el efecto positivo de requerir el uso de los medios de arreglo disponibles con miras a lograr la «justicia». La autorización para dejar de lado los procedimientos disponibles de arreglo, entre ellos los mencionados expresamente en la Carta, podría afectar el grado de *justicia* alcanzado en un posible arreglo futuro³⁹. Incluso si no quedara afectada la validez del principio general de que se trata, el del párrafo 1, apartado a del texto que se examina, podría perjudicar su desarrollo futuro;
- b) Está también la cuestión de la medida en que la Comisión puede o debe desconocer las resoluciones pertinentes, especialmente la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración de Manila sobre el arreglo pacífico de controversias internacionales⁴⁰, aprobadas por la Asamblea General, de la que la Comisión de Derecho Internacional es un órgano subsidiario. Dada esta relación, estas declaraciones solemnes deberían probablemente tener un impacto decisivo sobre todas las disposiciones de solución de controversias que debería consagrar la Comisión en su proyecto, tengan o no esas declaraciones carácter obligatorio;
- c) Está, además, la cuestión de la medida en que la Comisión debería tener en cuenta la disposición del

³⁶ Este punto se trataba en el párrafo 3 del infortunado proyecto de artículo 12 del Relator Especial (véanse párrs. 59 y 66 *infra*).

³⁷ Difícilmente cabría aducir que, dado que el Artículo 33, párrafo 1 de la Carta se refiere a las controversias «cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales», muchas de las controversias que surgieran en el ámbito de la responsabilidad de los Estados no tendrían un carácter que las hiciera recaer dentro de la obligación general establecida en esa disposición. El primer párrafo del segundo principio de la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (véase nota 9 supra), que ciertamente es pertinente para una interpretación contemporánea de la Carta de las Naciones Unidas, destruiría cualquier argumento de ese tipo por lo menos para un órgano de las Naciones Unidas como la Comisión (si no de lege lata por lo menos de lege ferenda). Para un examen de la disposición pertinente contenida en el Acta Final de la Conferencia sobre la seguridad y la cooperación en Europa, celebrada en Helsinki, véase el apartado c del párrafo 59 infra.

³⁸ Artículo 36, párr. 2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

³⁹ La referencia a la «justicia» figura en el artículo 12, párr. 3 de la propuesta del Relator Especial de 1992. En relación con esta disposición, véanse los párrafos 56 *supra* y 66 *infra*.

⁴⁰ Resolución 37/10 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 1982, anexo.

segundo párrafo del principio V de la Declaración sobre los principios que rigen las relaciones entre los Estados participantes del Acta Final de Helsinki de 1975⁴¹, según la cual los Estados, en caso de existir un diferendo «procurarán, de buena fe* y con espíritu de cooperación*, lograr una solución rápida y equitativa, basada en el derecho internacional*». Los miembros de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa que participaron en la redacción del Acta Final opinaban en general que los principios consagrados en la Declaración estaban plenamente de conformidad con las normas de la Carta de las Naciones Unidas. Esto da lugar a la cuestión más concreta de si el párrafo citado constituye un paso significativo en el desarrollo del derecho de las Naciones Unidas sobre la solución de las controversias o si puede dejarse de lado el requisito de la buena fe y el espíritu de cooperación mencionado. Parecería haber una contradicción intrínseca entre la idea de un esfuerzo de buena fe por llegar a una solución rápida en un espíritu de cooperación y basada en el derecho internacional, por una parte, y la idea del recurso inmediato a las contramedidas, por la otra. Ya sea que la frase «basada en el derecho internacional» se refiera al derecho sustantivo o al derecho procesal, o a ambos, esta referencia tendría probablemente por lo menos algún impacto en las condiciones requeridas para el recurso legítimo a las contramedidas, a saber que se haya cumplido con las obligaciones de solución pacífica de controversias existentes antes de recurrir a las contramedidas.

60. Para concluir el debate sobre esta cuestión crucial, es preciso decir que el problema actual no consiste en determinar si debe incluirse en el artículo 12 de la segunda parte del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados un requisito de recurso previo a los procedimientos de solución de controversias mediante el desarrollo progresivo del derecho de la solución de controversias o el derecho de la responsabilidad de los Estados. La Comisión deberá ocuparse de esa cuestión en la tercera parte del proyecto cuando aborde los procedimientos de solución de controversias después de la adopción de contramedidas. La cuestión actual que surge en el contexto del artículo 12 es la de determinar si un proyecto sobre la responsabilidad de los Estados no debe excluir por completo toda disposición cuya aprobación por la Comisión, y oportunamente por los Estados, socavaría la eficacia de los procedimientos de solución de controversias que, además de estar prescritos por normas existentes, son por su naturaleza más susceptibles de llevar a soluciones imparciales y justas que las medidas unilaterales⁴². Dada la importancia que suele darse en general a los proyectos de artículos provenientes de la CDI, las consecuencias negativas se sentirían no sólo en el momento de la aprobación de la futura convención sobre la responsabilidad de los Estados sino ya en el momento de la aprobación en primera lectura del artículo 12 en su forma aprobada por el Comité de Redacción de 1993. Esto sería muy pernicioso para el derecho internacional existente relativo a la solución de controversias, así como para las perspectivas para el desarrollo futuro de ese derecho durante el período necesario para completar la segunda lectura y para aprobar en última instancia la convención sobre la responsabilidad de los Estados, posiblemente en una conferencia diplomática.

Pensamos, con todo respeto, que sería útil que la Comisión invitara al número limitado de miembros del Comité de Redacción de 1993 que estaba a favor del abandono del requisito de «recurso previo a procedimientos de solución de controversias» en el artículo 12 de la segunda parte, a considerar nuevamente esta cuestión teniendo en cuenta los párrafos precedentes, así como los debates pertinentes contenidos en el cuarto informe⁴³. En la humilde pero meditada opinión del Relator Especial es posible que simplemente no hayan tenido en cuenta el impacto inevitable de la codificación de las contramedidas en el derecho internacional de la solución de las controversias y en su desarrollo futuro. Es esencial subrayar que el derecho de la solución de controversias es la esfera del derecho internacional en la que lograr progresos es menos difícil que en ámbitos mucho más inabordables como la legislación y la seguridad colectiva⁴⁴. Se desprende de esto que, incluso si se supusiera (cosa que no podemos hacer) que la obligación de solucionar las controversias por medios dados no implica en el momento actual la prohibición de adoptar contramedidas antes de recurrir a procedimientos de solución de controversias, sería de todos modos imperativo para un órgano como la Comisión prever esa prohibición para evitar, como mínimo, que se cause un perjuicio al desarrollo progresivo en la esfera de la solución de controversias.

C.—Otros aspectos importantes relativos a los medios de solución de controversias previos a la adopción de contramedidas a tener en cuenta en el artículo 12 de la segunda parte

62. Particido de la base de que hemos logrado expresar con más claridad nuestra posición con respecto al requisito del «recurso previo a procedimientos de solución de controversias», podemos ahora ocuparnos nuevamente de

⁴¹ Acta Final de la Conferencia sobre la seguridad y la cooperación en Europa, Helsinki, 1° de agosto de 1975, Imprimeries Réunies, Lausana, Suiza

⁴² Es evidente que los procedimientos de solución de controversias y las contramedidas difieren marcadamente en cuanto a su aptitud para lograr la aplicación de la ley. Los procedimientos de solución de controversias, en particular los procedimientos por intervención de terceros, tienen por su naturaleza más probabilidades de alcanzar una solución correcta y equitativa de la controversia. En cuanto a las contramedidas, su intención es, sin duda, en teoría, que funcionen como «dispositivos» aceptables del derecho internacional general para corregir un daño. Sin embargo, su naturaleza los hace muy cuestionables como medio de hacer cumplir los derechos. En primer lugar, tienen la característica indeseable de legitimar los quebrantamientos de obligaciones internacionales. En segundo lugar, y esto es lo más importante, el carácter unilateral de las contramedidas favorecerá probablemente a

los Estados más poderosos en detrimento de los menos poderosos Estas y otras características negativas de las contramedidas han sido denunciadas en forma exhaustiva, conforme señaló el Relator Especial en su quinto informe, por una gran mayoría de los representantes en el debate realizado en la Sexta Comisión de la Asamblea General en 1992 [A/ CN 4/453 y Add 1 a 3, párrs 10 y ss (véase nota 33 supra)]

⁴³ Véase doc A/CN 4/444 y Add 1 a 3, párrs 24 a 51, especialmente los párrafos 32 y ss (nota 4 *supra*)

⁴⁴ Esta opinión, muy difundida, se ilustra de manera magistral en el libro valiosísimo de Hans Kelsen titulado *Peace through Law*, University of North Carolina Press, 1944, especialmente en las páginas 13 y ss y en otras partes del libro (en contraste con lo expuesto en las páginas 3 a 13) y también en las obras anteriores del autor mencionadas en las páginas 14 y 15 del mismo trabajo

los principales elementos controvertidos del proyecto de artículo 12 propuestos y examinados desde 1992⁴⁵, a saber: a) los términos «agotado», «todos» y «a su disposición» que figuran en el párrafo 1, apartado a de ese proyecto de artículo; b) la referencia a «medidas cautelares» en el párrafo 2, b; c) la llamada «excepción a las excepciones» establecida en el párrafo 3; y d) la expresión «respuesta debida» utilizada en el proyecto de artículo 11 propuesto en 1992⁴⁶; y, en términos más generales, la importancia de mantener cierto grado de flexibilidad en las disposiciones del artículo 12 (garantizada por los términos antes mencionados). También se sugiere un examen más a fondo con respecto al requisito de que exista una comunicación o notificación previa de las contramedidas.

- Uso de los términos «agotado», «todos» y «a su disposición»
- 63. La preocupación expresada por algunos miembros en el curso de los debates de 1992 acerca del tenor excesivamente exigente del párrafo 1, apartado a del artículo 12, se centró en particular en los términos «agotado» y «todos»⁴⁷. En su opinión, esos términos habrían significado para el Estado lesionado tener que seguir un proceso demasiado largo antes de que se le permitiera recurrir a una medida unilateral. La intención del Relator Especial, que tal vez se debió aclarar en el Comité de Redacción, no fue la de imponer a un Estado presuntamente lesionado la carga intolerable de agotar succsivamente todos los procedimientos de solución de controversias enumerados, por ejemplo en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas. Su intención fue instar a que se hiciera un serio intento de utilizar plenamente cualquiera de los procedimientos de solución de controversias a disposición de los Estados interesados, sobre la base de sus obligaciones contraídas en virtud de tratados y teniendo en cuenta la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y demás instrumentos pertinentes.
- 64. En cuanto a la expresión «a su disposición», entendemos que ha sido empleada en sentido más bien amplio. En lo que respecta al proyecto de artículo 10 propuesto por el anterior Relator Especial en 1985 y 1986⁴⁸ con la expresión «a su disposición» se tuvo al parecer el propósito de abarcar únicamente aquellos procedimientos (posiblemente obligatorios) con intervención de un tercero que el Estado lesionado pudiera iniciar unilateralmente. El actual Relator Especial entendió que la expresión tenía una acepción más amplia y abarcaba todos los procedimientos de solución de controversias a disposición del Estado lesionado en virtud de los tratados multilaterales o bilaterales en vigor entre las partes. La expresión «a su disposición» empleada en ese sentido incluiría

46 Véase doc A/CN 4/444 y Add 1 a 3, párr 52 (nota 4 supra)

⁴⁷ Véase Anuario 1992, vol I, 2274 a sesión, párr 11, 2277 a sesión, párr 9, 2279 a sesión, párrs 4 y 21 y 2280 a sesión, párr 32

también los procedimientos de negociación y conciliación. No estaba previsto que el requisito de disponibilidad se entendiera simplemente en el sentido de una disponibilidad puramente legal. Se lo debía medir también sobre la base del grado de disposición del Estado infractor a aceptar procedimientos de solución de controversias como la negociación, la conciliación o incluso el arbitraje, los que no se pueden iniciar unilateralmente. Por consiguiente, el párrafo 1, apartado a se debió haber interpretado juntamente con el requisito de «buena fe» indicado en el párrafo 2, apartado a del mismo proyecto de artículo y con la condición relativa a la «respuesta debida» indicada en el proyecto de artículo 11. Es preciso reconocer que esta interrelación no quedó claramente establecida en el texto propuesto. Sin embargo, se podría haber hallado una forma más satisfactoria de expresar la idea si el Comité de Redacción hubiera logrado dedicar más tiempo al asunto.

- 2. Uso de la expresión «en el momento debido»
- 65 Como se recordará, en el párrafo 1, apartado *b* del proyecto de artículo 12 propuesto por el Relator Especial en 1992 se estipulaba que el Estado lesionado debía comunicar su intención de recurrir a contramedidas «en la forma y en el momento debidos». Como el Comité de Redacción de 1993 puede haber pasado por alto la cuestión de la notificación previa debido a que le faltó tiempo durante el período de sesiones, sería conveniente ocuparse de esta cuestión en el 46.º período de sesiones.
- 3. EXCEPCIONES AL REQUISITO DEL «RECURSO PREVIO A LOS PROCEDIMIENTOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS»
- 66. Las excepciones al requisito del «recurso previo a los procedimientos de solución de controversias» enunciadas en el párrafo 2, apartados b y c del artículo 12 (referentes a las medidas cautelares y a la reacción ante el no cumplimiento de una medida provisional de protección ordenada en el marco de un procedimiento de solución de controversias con intervención de un «tercero») no se aplicarían cuando las medidas previstas no se ajustaran a la obligación indicada en el Artículo 2, párrafo 3 de la Carta de las Naciones Unidas. El Relator Especial abandonó inicialmente esta disposición, que algunos miembros de la Comisión encontraban poco clara. Sin embargo, tras haber reflexionado sobre ella estima que se la debería reconsiderar. Su objeto es constituir uno de los elementos de flexibilidad mencionados en las subsecciones 1 y 6 de esta sección C del informe. También es importante desde el punto de vista del desarrollo progresivo del derecho en las esferas de la responsabilidad de los Estados y de la solución de controversias⁴⁹.
 - 4. Uso de la expresión «respuesta debida»
- 67. Uno de los cambios principales introducidos por el Comité de Redacción de 1993 al proyecto de artículo 11 propuesto por el Relator Especial en 1992 ha sido la eli-

⁴⁵ Véase nota 4 supra

Véase también párr 6 supra

48 Véase nota 2 supra

⁴⁹ Véanse párts 56 y 59 supra

minación del concepto de «respuesta debida», que figuraba en un lugar destacado en ese proyecto⁵⁰ La disposición propuesta habría permitido al presunto infractor escapar a la aplicación de contramedidas mediante la aceptación en principio de cierto grado de responsabilidad por el hecho ilícito o mediante la continuación de negociaciones sobre la cuestión El Estado presuntamente lesionado estaría impedido de recurrir a la aplicación de contramedidas mientras el Estado presuntamente infractor por lo menos entablara un diálogo de buena fe La fórmula aprobada por el Comité de Redacción de 1993 para el artículo 11 parece excluir esta posibilidad. Con arreglo a esa fórmula, la facultad del Estado presuntamente lesionado de recurrir a la aplicación de contramedidas se mantendría «mientras» el Estado presuntamente infractor «no cumpla las obligaciones» de cesación o reparación Así pues, parecerían ser admisibles no sólo las medidas sino las contramedidas, aun cuando el presunto infractor respondiera favorablemente, aunque no todavía en forma definitiva ni completa, a las protestas o demandas del Estado presuntamente lesionado En otras palabras, la fórmula de «falta de cumplimiento» concede al Estado lesionado demasiada discrecionalidad para recurrir a las contramedidas a pesar de la buena disposición del Estado infractor para tratar de resolver el asunto En primer lugar, en lo que respecta a la cesación, esta frase implica que un Estado lesionado puede recurrir a la aplicación de contramedidas desde el momento mismo en que crea, con o sin razón, que el Estado presuntamente infractor continúa cometiendo un acto ilícito, sin que se dé al infractor la oportunidad de explicar, por ejemplo, que no existe tal acto ilícito o que dicho acto no le es atribuible La noción de «respuesta debida» daría más oportunidad para un diálogo En segundo lugar, en lo que respecta a la reparación, la condición de «no cumplimiento» parece significar que se permitiría que continuaran las contramedidas hasta que el Estado infractor hubiese indemnizado plenamente los daños resultantes del acto ilícito A menos que el Estado infractor sea capaz de proporcionar instantáneamente una reparación total y completa, situación que probablemente sería excepcional, podría seguir siendo objeto de contramedidas aun después de haber admitido abiertamente su responsabilidad y aun cuando se hallara en vías de conceder indemnización o reparación

- 68 Se sugiere que también sería conveniente volver a considerar esta disposición en el Comité de Redacción en el 46 ° período de sesiones
 - 5 ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE LA NECESIDAD DE EMPLEAR CRITERIOS FLEXIBLES
- Por mucho que quisiéramos que las imperfecciones del actual sistema entre Estados estuvieran compensadas por la existencia de normas precisas y bien definidas que los propios Estados pudieran aplicar fácilmente, la falta de instituciones eficaces es un obstáculo para la aceptación misma de esas normas En consecuencia, las normas legales internacionales se caracterizan por un grado rela-

tivamente mayor de generalidad y vaguedad que las normas de derecho interno Por esa razón, las normas del sistema entre Estados suelen basarse en conceptos como «razonable», «debido», «apropiado», «adecuado», o, en lo que respecta al régimen de las contramedidas, «respuesta debida» (proyecto de artículo 11), la cooperación de «buena fe» del Estado infractor en la aplicación de los procedimientos de solución de controversias (proyecto de artículo 12), o la «disponibilidad» de tales procedimientos (párrafo 1, apartado a del proyecto de artículo 12), así como en términos definidos con tan poca precisión como «medidas cautelares» de protección (párrafo 2 del proyecto de artículo 12) y «justicia» (párrafo 3 del proyecto de artículo 12)

- 70 La función de estos conceptos es, a nuestro parecer, reducir las limitaciones inherentes al requisito del recurso previo a los procedimientos disponibles de solución de controversias que figura en el párrafo 1, apartado a del artículo 12⁵¹ Además de responder a las inquietudes expresadas por algunos miembros, el Relator Especial quiso incorporar en dicho requisito algunos elementos de flexibilidad que permitieran ajustarse a las circunstancias objetivas y subjetivas de cada caso
- El requisito sería aplicado, por cierto, por la parte o partes a quienes incumbiera poner en práctica los artículos pertinentes en las distintas etapas de un caso determinado, con arreglo a lo siguiente en primer lugar, el Estado presuntamente lesionado, después de presentada su demanda de cesación/reparación, en segundo lugar, el Estado presuntamente infractor, al contestar la demanda de la otra parte, en tercer lugar, nucvamente el Estado presuntamente lesionado, al responder a su vez a la contestación de la otra parte, y así sucesivamente En un momento dado, la aplicación del requisito a un caso en particular puede ser objeto de desacuerdo entre las partes, desacuerdo que puede estar seguido del recurso a las contramedidas y del comienzo de la controversia al respecto. A falta de una solución convenida, la aplicación del requisito del recurso a los procedimientos de solución de controversias daría como resultado la participación de un tercero (una comisión de conciliación, un tribunal arbitral o la Corte Internacional de Justicia) competente para conocer de la controversia en virtud de las disposiciones pertinentes de la tercera parte, según lo propuesto por el Relator Especial en 1993⁵²
- 72 Si bien al Relator Especial no le fue posible determinar con certeza si los elementos de flexibilidad anteriormente mencionados eran los correctos, estimó haber hecho provisionalmente todo lo posible, en la inteligencia de que el plenario de la Comisión o el Comité de Redacción reflexionarían acerca del significado y las consecuencias de cada uno de esos elementos con miras a proporcionar una crítica constructiva y mejorar el texto. Aún no es demasiado tarde para hacerlo

⁵⁰ Para el texto del proyecto de art 11, vease *Anuario* 1993, vol I parr 3 (nota 10 *supra*)

⁵¹ Un nuevo elemento de flexibilidad se podria lograr tal vez, elimi nando la palabra «todos» en el apartado a del parrafo 1 y hallando un sustituto menos limitante para la palabra «agotado»

⁵² A/CN 4/453 y Add 1 a 3, parr 106 (vease nota 33 supra)

6. La importante cuestión de las medidas cautelares

- 73. Es necesario decir algo más, principalmente aunque no exclusivamente en el contexto del problema de la solución de controversias con anterioridad a la adopción de contramedidas, acerca de la función que pueden o deberían desempeñar las medidas cautelares. Desde luego, es preciso distinguir entre las medidas cautelares indicadas u ordenadas por un tercero y las medidas cautelares adoptadas unilateralmente por el Estado lesionado.
- Comenzando por las primeras, las reglas generales sobre el tema figuran con la denominación de «medidas provisionales» en el artículo 41 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y en el Artículo 40 de la Carta de las Naciones Unidas. En las propuestas del Relator Especial, las medidas provisionales resultantes de un procedimiento en que interviene un tercero se han previsto principalmente en la tercera parte, a saber en el marco de las obligaciones relativas a la solución de controversias con posterioridad al recurso a las contramedidas. En virtud de las disposiciones establecidas en esa parte, el tercero a quien se pida que resuelva una controversia posterior a la adopción de contramedidas estaría facultado por la futura convención para *ordenar* medidas provisionales. Esto se aplicaría tanto a la comisión de conciliación como al tribunal arbitral o a la Corte Internacional de Justicia. En el texto propuesto en 1992 por el Relator Especial para el párrafo 2, apartado b del artículo 12 también se consideran las medidas provisionales indicadas u ordenadas por un tercero, juntamente con las medidas provisionales unilaterales.
- 75. En lo que respecta a las medidas provisionales unilaterales, en la propuesta presentada en 1992 por el Relator Especial el recurso a ese tipo de medidas por el Estado lesionado se contempla como excepción a la obligación de ese Estado de recurrir previamente a los procedimientos disponibles de solución de controversias. La facultad del Estado lesionado de adoptar medidas provisionales unilatorales está sujeta, en virtud del párrafo 2, apartado b del artículo mencionado, a dos condiciones restrictivas. Una de ellas es que el objeto de la medida sea el propósito de protección que es inherente al concepto de medida provisional. Este requisito se cumpliría, por ejemplo, mediante el congelamiento, que no debe confundirse con la confiscación y disposición de una parte de los haberes del Estado presuntamente infractor; mediante la suspensión parcial de las obligaciones del Estado lesionado relativas a los derechos de aduana o a las cuotas de importación en favor del Estado presuntamente infractor o, de modo más general, mediante el recurso al principio de inadimplenti non est adimplendum que se debe aplicar, por cierto, como medida provisional. El segundo requisito es que la facultad del Estado lesionado de adoptar medidas provisionales sólo se puede ejercer temporalmente, a saber «hasta que un órgano internacional haya resuelto sobre la admisibilidad de esas medidas en el marco de un procedimiento de solución de controversias por intervención dirimente de un tercero».
- 76. Considerando que el concepto de medidas provisionales de protección podría resultar demasiado vago, como lo señalaron muy bien algunos miembros en el curso de

- los debates celebrados en 1992⁵³, se podría lograr algo más de precisión en el párrafo para reducir la posibilidad de abuso por el Estado lesionado. Aunque las medidas provisionales no son fáciles de definir en abstracto, el Comité de Redacción de 1994 debería hacer un serio intento por definirlas.
- 77. Sea como fuere, incluso con una definición más precisa, el Estado lesionado tendrá inevitablemente un alto grado de discrecionalidad. No obstante, ello no es razón suficiente para que quienes se oponen al requisito del recurso previo a los procedimientos de solución de controversias, que aparentemente están ansiosos por conservar las prerrogativas del Estado lesionado, eliminen toda referencia a la posibilidad de adoptar medidas provisionales en forma unilateral. En la propuesta del Relator Especial se previeron medidas provisionales precisamente para agregar cierta flexibilidad, en interés del Estado lesionado, al exigente requisito de «recurrir previamente a los procedimientos de solución de controversias». En nuestra opinión, se obtuvo así un resultado más equilibrado de lo que parece ser la fórmula adoptada por el Comité de Redacción de 1993.
- 78. En todo caso, hay tres factores que deberían conducir a que las autoridades del Estado lesionado fueran razonablemente moderadas en la utilización —dado su carácter subsidiario— de las medidas cautelares.
- 79. Uno de esos factores sería la evaluación, exacta y de buena fc, que el Estado lesionado debería realizar, de la contestación del presunto culpable a la demanda de cesación/reparación. Este factor tiene importancia para varios aspectos de las propuestas presentadas por el Relator Especial en 1992 con respecto a cualquier tipo de contramedidas, entre ellas, por cierto, las medidas cautelares. En primer lugar, este factor es inherente al concepto general de «respuesta debida» del Estado presuntamente infractor, que figura en el proyecto de artículo 11⁵⁴ y guarda estrecha relación además con el párrafo 2, apartado a del artículo 12, que se refiere a la obligación del Estado infractor de cooperar de buena fc en la elección y aplicación de los procedimientos disponibles de solución de controversias.
- 80. Un segundo factor, dentro del marco de las propuestas formuladas por el Relator Especial en 1992, es la eliminación en el artículo 12, párrafo 3, de cualquier medida (incluso una medida cautelar) que «no esté en conformidad con la obligación de solucionar las controversias de manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales *ni la justicia**»⁵⁵.
- 81. El tercero y más importante de los factores, también en el marco de las propuestas presentadas por el Relator Especial en 1992, es el sistema de solución de las controversias con posterioridad a la adopción de contramedidas, que figura en la tercera parte del proyecto. Cualquier órgano al que se pida que dirima una controversia en vir-

⁵⁴ Véase párr. 67 supra.

⁵⁵ Véanse párrs. 56, 59 y 66 *supra*.

tud de lo dispuesto en la tercera parte del proyecto (una comisión de conciliación, un tribunal arbitral o la Corte Internacional de Justicia) estaría facultado por la futura convención no sólo, como se dijo anteriormente, para ordenar medidas cautelares, sino también para suspender cualesquiera medidas aplicadas previamente por el Estado presuntamente lesionado.

D.—Propuestas del Relator Especial relativas a los artículos 11 y 12 de la segunda parte del proyecto de artículos

Artículo 11

1. Sin perjuicio de las disposiciones de los artículos 12 a 14 [los artículos siguientes], el Estado lesionado cuyas demandas formuladas a tenor de lo dispuesto en los artículos 6 a 10 bis no hayan obtenido la respuesta debida del Estado autor del hecho internacionalmente ilícito, podrá abstenerse de cumplir una o varias de sus obligaciones para con ese Estado, si ello fuera necesario para inducir a éste a cumplir las obligaciones que le incumben [con arreglo a los artículos 6 a 10 bis].

2. La respuesta debida puede:

- a) hacer desaparecer el fundamento de toda suposición razonable por parte del Estado víctima de que el Estado contra el cual se prevén las contramedidas ha cometido un hecho internacionalmente ilícito; o
- b) ofrecer un medio de resolver la controversia dentro de un plazo razonable. Sin embargo, una respuesta no resulta [no será considerada] indebida simplemente porque no satisfaga todas las demandas del Estado lesionado [en particular las demandas de reparación] [de manera inmediata].
- 3. Cuando una contramedida contra un Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito entrañe el incumplimiento de una obligación para con un tercer Estado, ese incumplimiento no podrá justificarse frente al tercer Estado invocando el párrafo 1.
- 82. Uno de los principales cambios introducidos por el Comité de Redacción de 1993 en el proyecto de artículo 11 propuesto por el Relator Especial en 1992 fue la eliminación del concepto de «respuesta debida», que figuraba de manera destacada en ese proyecto. De conformidad con la formulación del Comité de Redacción, la faculté del Estado presuntamente lesionado de recurrir a contramedidas persistiría «mientras» el presunto infractor «no cumpla las obligaciones» de cesación o reparación. Así pues, las contramedidas y no sólo las medidas cautelares parecerían admisibles aun cuando el presunto infractor respondiera de una manera positiva aunque no todavía final o completa a las protestas o demandas del Estado presuntamente lesionado.
- 83. En primer lugar, con respecto a la cesación, la frase del Comité de Redacción implica que un Estado lesionado puede recurrir a contramedidas desde el mismo momento

- en que crea, con razón o sin ella, que el Estado presunto infractor está cometiendo un hecho ilícito continuado, sin que se le dé a éste la oportunidad de explicar, por ejemplo, que no existe hecho ilícito o que el hecho ilícito no se le puede atribuir. El concepto de «respuesta debida» ofrecería más que una posibilidad de diálogo.
- 84. En segundo lugar, por lo que respecta a la reparación, la condición del «incumplimiento» parece significar que se permitiría que las contramedidas *continuaran* hasta que el Estado autor del hecho ilícito hubiera reparado plenamente el daño resultante del hecho ilícito. A menos que el Estado infractor pueda prestar instantáneamente una reparación íntegra y completa, lo que muy probablemente será excepcional, podría continuar siendo objeto de contramedidas aun *después* del pleno reconocimiento de su responsabilidad e incluso durante el proceso de prestar reparación y/o dar satisfacción.
- 85. Se sugiere la conveniencia de que esta disposición sea examinada de nuevo en el Comité de Redacción en el presente período de sesiones.

Artículo 12⁵⁶

- [Salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente], el Estado lesionado no recurrirá a [contra]medidas hasta que:
- a) haya cumplido [de buena fe] sus obligaciones internacionales relativas a la solución [negociada o por intervención de tercero] de las controversias internacionales;
- b) haya comunicado su intención en la forma y en el momento debidos al Estado autor del hecho ilícito.

- «I El Estado lesionado no recurrirá a contramedidas
- »a) Antes de que concluya un procedimiento de solución obligatoria con intervención de tercero a que tenga derecho a acceder por iniciativa unilateral en virtud de un tratado u otro instrumento de solución de controversias vigente,
- »b) En ausencia de ese derecho, antes de que concluya un procedimiento de solución obligatoria con intervención de tercero ofrecido al Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito y aceptado por éste
 - »2 Las condiciones establecidas en el párrafo precedente
- »a) No se aplican a las medidas provisionales de carácter urgente que se requieran para proteger los derechos del Estado lesionado o limitar los daños causados por el hecho internacionalmente ilícito,
- »b) Dejan de ser aplicables cuando el Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito
 - »i) no acepte la oferta del procedimiento obligatorio con interverción de tercero previsto en el apartado b del párrafo 1 del presente artículo,
 - »11) no coopere de buena fe en la determinación o aplicación del procedimiento obligatorio con intervención de tercero previsto en los apartados a y b del párrafo 1 del presente artículo.
 - »iii) no atienda cualquier requerimiento o mandamiento dimanante de ese procedimiento, o
- »1v) no cumpla la decisión resultante de ese procedimiento »

⁵⁶ Como consecuencia de la decisión de la Comisión de remitir al Comité de Redacción las propuestas del Relator Especial para los artículos 11 y 12, éste ha presentado la siguiente versión revisada del artículo 12

- 2. Las restricciones enunciadas en el párrafo precedente no se aplicarán:
- a) a las medidas cautelares [provisionales] urgentes que el Estado lesionado pueda tomar para proteger sus derechos vulnerados por el hecho internacionalmente ilícito [la violación] o limitar [reducir] el daño derivado del mismo;
- b) cuando el Estado infractor no coopere de buena fe en la negociación o el procedimiento a cargo de tercero propuesto por el Estado lesionado en aplicación del párrafo 1, apartado a del presente artículo.
- 3. El derecho [la faculté] del Estado lesionado de adoptar medidas quedará suspendido tan pronto como se haya iniciado un procedimiento de solución de controversias [obligatorio] por intervención de tercero y se hayan otorgado facultades a ese tercero para ordenar medidas cautelares.
- 86. El Relator Especial estima que la disposición del apartado *a* del párrafo 1, en comparación con el apartado *a*, párrafo 1 de la propuesta original⁵⁷ reduce radicalmente —y al mínimo estricto— la *onus* del Estado lesionado de llegar antes a una solución amistosa. En particular:
- a) desaparecen: i) la expresión «haya agotado»; ii) el término «todos»; y iii) las referencias al «derecho internacional general» y a «la Carta de las Naciones Unidas»;
- b) al referirse meramente al cumplimiento de las obligaciones (existentes) de solución de controversias del Estado lesionado deja la solución concreta de la cuestión temporal a la interpretación de esas obligaciones, que evidentemente se ha de hacer caso por caso sobre la base de los instrumentos pertinentes de solución de controversias en vigor entre las partes;
- c) deja cierto margen a la futura evolución del derecho internacional de la solución de controversias al alentar a los Estados (contrariamente a lo que haría un texto en el que no se mencionase la cuestión de la prioridad) a tratar de resolver esa cuestión en sus futuros acuerdos mutuos de solución de controversias;
- d) remite expresamente a la negociación (defendida por varios miembros también en el Comité de Redacción de 1993) como un procedimiento básico de solución de controversias además del procedimiento a cargo de un tercero.

- 87. La disposición del apartado *b* del párrafo 1 reintroduce el requisito de la «comunicación previa» que el Comité de Redacción del pasado año omitió.
- 88. El párrafo 2 exime al Estado lesionado de los requisitos de las medidas previas de solución de controversias y de la comunicación previa siempre que:
- a) se trate de «medidas cautelares» (concepto amplio que debería reducir considerablemente la restricción de la libertad de elección del Estado lesionado);
- b) el Estado infractor no coopere de buena fe en la solución de la controversia.
- 89. En uno y otro caso la *faculté* del Estado lesionado de recurrir a contramedidas seguiría siendo prácticamente ilimitada, desapareciendo incluso la obligación de la comunicación previa.
- 90. Cabe destacar que el concepto de medidas cautelares es bastante amplio. Abarca medidas como la congelación o confiscación de activos, la imposición de una prohibición a la exportación de determinadas mercancías u otras medidas similares. El Estado lesionado tiene pues margen suficiente para proteger sus derechos de todo riesgo hasta que la cuestión se resuelva mediante negociación o un procedimiento a cargo de tercero.
- 91. El temor de que la facultad discrecional que se deja así al Estado lesionado con respecto a las medidas cautelares anule las obligaciones expuestas en el párrafo 1 parece injustificado porque el concepto de medidas cautelares no se puede ensanchar más allá de unos límites razonables y, en caso de que se iniciara un procedimiento de solución de controversias a cargo de un tercero, éste podría condenar las medidas cautelares no razonables [y ordenar la reparación]. Se proporcionaría así cierta protección también para el Estado autor del hecho ilícito. Evidentemente es mejor un pequeño avance (hacia unas prácticas más civilizadas) que la falta de avance.
- 92. Por supuesto, no se sugiere excluir, como sucede ante la Corte Internacional de Justicia, la posibilidad de recurrir a medidas cautelares cuando la indemnización sea un remedio suficiente.
- 93. De conformidad con el texto del Comité de Redacción de 1993, la disposición contenida en el párrafo 3 suspende la *faculté* del Estado lesionado de recurrir a contramedidas tan pronto como se inicie un procedimiento de solución [obligatorio] por intervención de tercero. Así, esa *faculté* ni siquiera se suspendería, por ejemplo (salvo que así se acuerde) en el curso de la negociación.

⁵⁷ Véase nota 17 supra.

CAPÍTULO II

Principales cuestiones que se habrán de examinar en el próximo debate sobre las consecuencias de los hechos internacionalmente ilícitos tipificados como crímenes en el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos

- 94. De acuerdo con lo planeado, en el 46.º período de sesiones la Comisión va a dedicar parte de su tiempo a un debate sobre las consecuencias de los crímenes de los Estados, según se definen en el artículo 19 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados⁵⁸, sobre la base del quinto informe del Relator Especial⁵⁹. Teniendo en cuenta las grandes dificultades que presenta el tema y las numerosas cuestiones que se plantean en el mencionado informe, se consideró útil, de acuerdo con la opinión del Sr. Bowett, enumerar esas cuestiones siguiendo un orden lógico a fin de propiciar un debate ordenado y fructífero. De esa manera le resultaría más fácil al Relator Especial aprovechar los resultados del debate como guía necesaria para proseguir la labor sobre el tema.
- 95. A continuación se incluye una lista de cuestiones, acompañada de referencias a los párrafos pertinentes del quinto informe.

A.—¿Se pueden definir los crímenes?

- 96. Naturalmente, el artículo 19 contiene una «definición», pero el párrafo 2 es más bien circular, al referirse a una violación que *está* reconocida como crimen por la comunidad internacional. Sigue sin resolverse la cuestión de qué crímenes están reconocidos de esa manera.
- 97. En el párrafo 3 del artículo 19 se indican cuatro categorías de violaciones de conformidad con las leyes vigentes, a saber:
- a) Una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, como la que prohíbe la agresión;
- b) Una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos, como la que prohíbe el establecimiento o el mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial;
- c) Una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio y el apartheid;

- d) Una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares.
- 98. Además de plantearse dudas en cuanto a si se debe mantener el concepto mismo de crímenes internacionales de los Estados⁶⁰, es muy probable que se plantee la cuestión de si la lista de crímenes del párrafo 3 del artículo 19 fue alguna vez y es actualmente la más satisfactoria posible⁶¹. Aunque pueda parecer que esa cuestión atañe exclusivamente al artículo 19 de la primera parte, resultaría difícil no tenerla de algún modo en cuenta en la etapa actual al determinar las consecuencias de los hechos ilícitos de que se trata. Por consiguiente, la definición debería ser objeto de cierta atención como punto preliminar del debate que se espera tenga lugar en el 46.º período de sesiones⁶².

B.—En el caso de que se pudiera llegar a un acuerdo sobre una definición, ¿quién determina que se ha cometido un crimen?

99. Parecería obvio establecer una distinción clara entre crímenes como la agresión y los otros crímenes⁶³.

1. Crímenes como la agresión

- 100. En el caso de esta categoría de crímenes, podrían determinarlo:
- a) El Estado víctima de la agresión⁶⁴, aunque con carácter provisional, como parte de la decisión de ese Estado de invocar el derecho de legítima defensa;
- b) Otros Estados que prestaran ayuda al Estado víctima ejerciendo el derecho de legítima defensa colectiva⁶⁵, también con carácter provisional;
- c) El Consejo de Seguridad. En realidad, el Consejo de Seguridad, hasta ahora, no ha calificado nunca de «agresor» a ningún Estado. Si lo hiciera, ¿se trataría de un pronunciamiento definitivo o únicamente provisional en el sentido de que la decisión final correspondería a un tri-

⁵⁸ Para el texto de los arts. 1 a 35 de la primera parte, aprobados en primera lectura en el 32.º período de sesiones de la Comisión, véase *Anuario...* 1980, vol. II (segunda parte), págs. 29 y ss.

⁵⁹ Véase nota 33 supra.

⁶⁰ Véase doc. A/CN.4/453, párrs. 250 a 267 (nota 33 supra).

⁶¹ Ibíd., párr. 269, b.

⁶² Ibíd., párrs. 268 y 269.

⁶³ lbíd., párr. 269, a.

⁶⁴ Ibíd., párrs. 171 y ss.

⁶⁵ Ibíd.

bunal internacional? Y, en este último caso, ¿qué tribunal?⁶⁶.

2. Otros crímenes

- 101. En el caso de otros crímenes, podrían determinarlo:
- a) El Estado víctima. Una solución poco probable, que representaría una violación del principio nemo judex in sua causa;
- b) Otros Estados. Una solución igualmente poco convincente, a menos que esos Estados actuaran por conducto de algún órgano autorizado reconocido internacionalmente:
- c) La Asamblea General, aun cuando la Asamblea, pese a haber pruebas de que se arroga ese poder en relación con crímenes como el apartheid o el colonialismo, sigue siendo un órgano altamente político y carecería de atribuciones para emitir una decisión vinculante⁶⁷;
- d) El Consejo de Seguridad, aun cuando no está nada clara la relación con el Capítulo VII, y se trata, también en este caso, de un órgano político⁶⁸;
- e) Un tribunal internacional. Ahora bien, tal tribunal no existe. La Corte Internacional de Justicia no es el órgano apropiado, ya que su competencia debe ser aceptada previamente y no es nada probable que un Estado acusado de un crimen esté dispuesto a aceptarla⁶⁹. El nuevo tribunal que se está proponiendo actualmente ejercería jurisdicción sobre personas y no sobre Estados.

C.—¿Cuáles son las consecuencias posibles de que se determine que un hecho constituye un crimen?

102. Las consecuencias posibles de que se determine que un hecho constituye un crimen dependerían, en primer lugar, del tipo específico de recursos disponibles y de la facultad de recurrir a contramedidas y, en segundo lugar, de las condiciones en las cuales se permitiera a todos los Estados, más bien que al Estado víctima, hacer uso de recursos o adoptar contramedidas⁷⁰.

1. RECURSOS DISPONIBLES Y FACULTAD DE ADOPTAR CONTRAMEDIDAS

a) Recursos disponibles

103. En su quinto informe, el Relator Especial indicó que, por lo que a la cesación de la violación se refería, no parecía que los crímenes presentaran ninguna característica especial en comparación con los hechos ilícitos «ordinarios»⁷¹. En cuanto a la reparación en sentido amplio, el

Relator Especial ha planteado, en relación con la restitución en especie, la cuestión de si se deberían aplicar, cuando se tratara de crímenes, las limitaciones contenidas en los apartados c y d del artículo 7 de la segunda parte⁷², relativos a la falta de proporción en relación con la indemnización y el grave peligro para el Estado interesado⁷³. En lo que respecta a la *indemnización*, el Relator Especial ha preguntado si se debería aplicar la prohibición que figura en el artículo 10, párrafo 3 de la segunda parte⁷⁴, en cuanto a las demandas de satisfacción que puedan menoscabar la dignidad del Estado interesado, cuando se trata de crímenes⁷⁵.

104. Además, si los crímenes se van a considerar violaciones *erga omnes*, ¿no tendrían derecho a hacer uso de esos mismos recursos los Estados que no fueran víctimas?⁷⁶. Y, de ser así, ¿dependería ese derecho de la decisión que adoptara un órgano competente de las Naciones Unidas como el Consejo de Seguridad o podrían los Estados ejercer esos recursos por iniciativa propia?

b) Facultad de adoptar contramedidas

- 105. En este contexto se plantean varias cuestiones:
- a) ¿Pueden adoptar contramedidas todos los Estados cuando se trate de crímenes? Es decir, ¿pasan todos los Estados a ser «Estados lesionados» a los efectos del artículo 11?⁷⁷.
 - b) ¿Se aplican las condiciones del artículo 12?;
- c) ¿Se aplica el criterio de la proporción previsto en el artículo 13?⁷⁸;
- d) ¿Se aplican las prohibiciones del artículo 14⁷⁹ o, por ejemplo, ¿se deben permitir medidas extremas de coacción política y económica, o incluso el uso de la fuerza armada, con o sin la previa autorización del Consejo de Seguridad?⁸⁰;
- e) ¿Podrían todos los Estados no ajustarse a las condiciones normales que rigen las contramedidas o sólo la verdadera víctima del crimen?
- CONDICIONES EN LAS QUE, EN CASO DE CRIMEN, PODRÍA PERMITIRSE A TODOS LOS ESTADOS, Y NO SÓLO AL ESTADO VÍCTIMA, HACER USO DE RECURSOS O ADOPTAR CONTRAMEDIDAS
- 106. Se plantea la cuestión de si, cuando se trate de un crimen, se debería permitir a cualquier Estado hacer uso de recursos o recurrir a contramedidas ejerciendo su propia autoridad o la que le hubiera otorgado el Consejo de

⁶⁶ Ibíd., párrs. 160 a 166 y 210 a 217.

⁶⁷ lbíd., párrs. 208 y 209.

⁶⁸ Ibíd., párrs. 160 a 164 y 210 y ss., particularmente párrs. 218 a 223.

⁶⁹ Ibíd., párrs. 214 a 217.

⁷⁰ Ibíd., párrs. 119 y ss.

⁷¹ Ibíd., párrs. 171 a 176.

⁷² Para el texto de los arts. 1 a 6, 6 bis, 7, 8, 10 y 10 bis de la segunda parte, véase Anuario... 1993, vol. II (segunda parte), págs. 58 y 59.

⁷³ Véase doc. A/CN.4/453, párrs. 179 y 180 (nota 33 *supra*).

⁷⁴ Véase nota 72 supra.

⁷⁵ Véase doc. A/CN.4/453, párr. 182 (nota 33 *supra*).

⁷⁶ Ibíd., párrs. 122, 136 y 184 a 186.

⁷⁷ Ibíd., párrs. 226 a 240.

⁷⁸ Véase Anuario... 1992, vol. II (segunda parte) pág. 33, nota 67.

⁷⁹ Ibíd., pág. 34, nota 69.

⁸⁰ Véase doc. A/CN.4/453, párrs. 192 y 198 a 213 (nota 33 supra).

Seguridad o bien con la autorización de un tribunal competente.

- 107. En el primer caso, es de suponer que el derecho conferido al Estado estaría sujeto al ejercicio por el Consejo de Seguridad de los poderes que se le otorgan con arreglo al Capítulo VII y a las obligaciones que incumben a un Estado en virtud del Artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas.
- 108. En el segundo caso, ¿tendría competencia el Consejo de Seguridad cuando no se tratara de crímenes que implicaran agresión o el uso ilegítimo de la fuerza?
- 109. La tercera posibilidad es sólo teórica, puesto que actualmente no existe ningún tribunal que tenga competencia para conocer esos asuntos.
- 3. Posible exclusión de los crímenes del ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a las circunstancias excluyentes de la ilicitud
- 110. Esta cuestión se plantea en el caso de consentimiento (artículo 29 de la primera parte), fuerza mayor (artículo 31 de la primera parte), peligro extremo (artículo 32 de la primera parte) y estado de necesidad (artículo 33 de la primera parte). En lo que respecta a la legítima defensa (artículo 34 de la primera parte)⁸¹, cabe señalar que los conceptos de crimen y el de legítima defensa son incompatibles⁸².

- 4. La obligación general de no reconocer Las consecuencias de un crimen⁸³
- 111. Está ya aceptada la obligación de no reconocer como legítima ninguna adquisición territorial resultante de un acto de agresión. Pero sigue sin resolverse la cuestión de si lo que da nacimiento a la obligación es una decisión vinculante previa de un órgano imparcial de la comunidad internacional que constate que se ha cometido el crimen de agresión: ¿es el Consejo de Seguridad el único órgano facultado para pronunciarse en tal sentido y es un requisito previo que el Consejo exija específicamente el no reconocimiento para que nazca la obligación?
 - 5. La obligación general de no ayudar al Estado «criminal» y de prestar ayuda al Estado víctima⁸⁴
- 112. Aquí se plantea también la cuestión de si la obligación de que se trata surge espontáneamente o es el resultado de decisiones concretas adoptadas en el marco de la Carta de las Naciones Unidas, en particular el párrafo 5 del Artículo 2; los Artículos 24 y 25; el Capítulo VII y el Artículo 103.
- 113. Naturalmente, la lista anterior no obsta para que se puedan debatir otras cuestiones pertinentes que se tratan en el quinto informe o que los miembros de la Comisión consideran importantes.

⁸¹ Véase nota 7 supra.

⁸² El Relator Especial, en ocasión del debate en el 46.º período de sesiones de la Comisión, señaló a la atención de los miembros la «falsa impresión» que podía dar la lectura de este párrafo. Para mayores precisiones, véase Anuario... 1994, vol. I, 2342.ª sesión, párr. 30.

⁸³ Véase doc. A/CN.4/453, párrs. 241 y ss. (nota 33 supra).

⁸⁴ Ibíd., párrs. 244 a 249.

PROYECTO DE CÓDIGO DE CRÍMENES CONTRA LA PAZ Y LA SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD

[Tema 4 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/458 y Add.1 a 8

Observaciones recibidas de los Gobiernos en relación con el informe del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional

[Original: árabe, español, francés, inglés, ruso] [18 y 28 de febrero, 11, 24 y 25 de marzo, 11,13 y 17 de mayo, 24 de junio y 10 de agosto de 1994]

ÍNDICE

_	
	a
Inst	rumentos multilaterales citados en el presente informe
INT	RODUCCIÓN
Secc	ίὸπ
I.	OBSERVACIONES RECIBIDAS DE ESTADOS MIEMBROS
•	
	Alemania
	· ·
	Australia
	Austria
	Belanis
	Chile
	Chipre
	Cuba
	Dinamarca*
	Eslovenia
	España
	Estados Unidos de América
	Finlandia*
	Hungría
	Islandia*
	Japón
	Kuwait
	Malta
	México
	Noruega*
	Nueva Zelandia
	Países nórdicos
	Panamá
	Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte
	República Checa
	Rumania
	Sri Lanka
	Suecia*
	Túnez
	Yugoslavia
II.	OBSERVACIONES RECIBIDAS DE UN ESTADO NO MIEMBRO
	Suiza
	Suiza

^{*} La respuesta conjunta de Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia figura bajo Países nórdicos.

NOTA

En el presente documento, las palabras «Grupo de Trabajo de 1992» se refieren al Grupo de Trabajo sobre la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional, cuyo informe figura en el *Anuario... 1992*, vol. II (segunda parte), doc. A/47/10, anexo. Las palabras «Grupo de Trabajo de 1993» se refieren al Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional, cuyo informe figura en el *Anuario... 1993*, vol. II (segunda parte), doc. A/48/10, anexo. Los comentarios sobre el proyecto de estatuto elaborado por el Grupo de Trabajo de 1993 figuran también en este último informe. Las cifras entre paréntesis corresponden a los párrafos de las observaciones sobre el informe del Grupo de Trabajo de 1992 que los Estados ya habían enviado y que figuran en el *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte), págs. 141 y ss., doc. A/CN.4/452 y Add.1 a 3.

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

Derechos humanos

Convención para la prevención y la sanción del delito de
genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948)

Convenio [europeo] para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950)

Convenio europeo sobre extradición (París, 13 de octubre de 1957)

Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (Nueva York, 21 de diciembre de 1965)

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)

Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (Nueva York, 26 de noviembre de 1968)

Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid (Nueva York, 30 de noviembre de 1973)

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984)

Tratado modelo de asistencia recíproca en asuntos penales (Nueva York, 14 de diciembre de 1990)

Fuente

Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 78, pág. 277.

Ibíd., vol. 213, pág 221. En español, véase Boletín Oficial del Estado, N.º 243, Madrid, 10 de octubre de 1979.

Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 359, pág. 273.

Ibíd., vol. 660, pág. 195.

Ibíd., vol. 999, pág. 241.

Ibíd., vol. 754, pág. 73.

Ibíd., vol. 1015, pág 243.

Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo noveno período de sesiones, Suplemento N.º 51, resolución 39/46, anexo.

Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo quinto período de sesiones, Suplemento N.º 49, resolución 45/117, anexo.

Privilegios e inmunidades, relaciones diplomáticas

Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961)

Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 500, pág. 162.

Derecho aplicable en los conflictos armados

Convenio relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (La Haya, 18 de octubre de 1907)

Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949)

Protocolos adicionales I y II de los Convenios de Ginebra (Ginebra, 8 de junio de 1977)

J. B. Scott, ed., Las Convenciones y Declaraciones de La Haya de 1899 y 1907, Nueva York, Oxford University Press, 1916, pág. 41.

Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 75, pág. 31. En español, véase Comité Internacional de la Cruz Roja, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 12.ª ed., Ginebra, 1983, págs. 23 y ss.

Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 1125, págs. 214 y ss. Manual..., págs. 217 y ss.

Derecho de los tratados

Fuente

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)

Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 1155, pág. 443.

Estupefacientes y sustancias sicotrópicas

Convención de las Naciones Unidas contre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (Viena, 20 de diciembre de 1988)

Doc. E/CONF.82/15 y Corr.1.

Aviación civil

Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Montreal, 23 de septiembre de 1971)

Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contre la seguridad de la aviación civil, hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971 (Montreal, 24 de febrero de 1988) Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 974, pág. 242.

OACI, 1988, documento 9518.

Introducción

- 1. En su 45.º período de sesiones, celebrado en 1993, la Comisión de Derecho Internacional decidió que el proyecto de artículos propuesto por el Grupo de Trabajo para un estatuto de un tribunal penal internacional se debería transmitir a los gobiernos por conducto del Secretario General, a fin de que éstos presentaran sus observaciones, pidiéndoles que las hicieran llegar al Secretario General antes del 15 de febrero de 1994.
- 2. En cumplimiento de esta petición, el Secretario General dirigió a los gobiernos una nota verbal de fecha 6 de octubre de 1993, invitándoles a que presentaran por escrito sus observaciones sobre los proyectos de artículos antes del 15 de febrero de 1994.
- 3. Además, la Asamblea General, en su cuadragésimo octavo período de sesiones, aprobó la resolución 48/31, de 9 de diciembre de 1993, titulada «Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 45.º período de sesiones», cuyos párrafos 5 y 6 rezan como sigue:

[La Asamblea General,]

[...]

- 5. Invita a los Estados a que presenten al Secretario General, para el 15 de febrero de 1994 a más tardar y de conformidad con lo solicitado por la Comisión de Derecho Internacional, sus observaciones por escrito respecto del proyecto de artículos propuesto por el Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional:
- 6. Pide a la Comisión de Derecho Internacional que prosiga su labor sobre esta cuestión con carácter prioritario, con miras a elaborar un proyecto de estatuto, de ser posible en su 46.º período de sesiones en 1994, teniendo en cuenta las opiniones expresadas durante los debates celebrados en la Sexta Comisión, así como las observaciones escritas recibidas de los Estados; [...]
- 4. En cumplimiento del párrafo 5 de la resolución 48/31, el Secretario General dirigió una nota verbal a los gobiernos, de fecha 4 de enero de 1994, en la que les reiteraba su invitación a presentar por escrito observaciones antes del 15 de febrero de 1994.
- 5. Al 22 de julio de 1994, el Secretario General había recibido veintidós respuestas de Estados Miembros y una de un Estado no miembro; después de la clausura del período de sesiones se recibieron dos respuestas más de Estados Miembros. Las observaciones recibidas se reproducen en el presente documento.

¹ Anuario... 1993, vol. II (segunda parte), pág. 109, doc. A/48/10,

² Ibíd., párt. 100, pág. 22.

I.—Observaciones recibidas de Estados Miembros

Alemania

[Original: inglés] [24 de marzo de 1994]

- 1. Alemania es uno de los países que lleva años abogando por una jurisdicción de más peso en las relaciones internacionales. En las distintas organizaciones multilaterales, en especial en las Naciones Unidas, Alemania ha explicado repetidas veces por qué considera necesario que se cree un tribunal penal internacional. El enorme número de conflictos regionales que dan lugar a violaciones masivas de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario demuestra la urgencia de que se adopten medidas prácticas para establecer un sistema universal de jurisdicción penal. Los acontecimientos de los últimos años hacen concebir esperanzas de que se pueda alcanzar ya ese objetivo.
- 2. El Gobierno de Alemania acogió con agrado las resoluciones 808 (1993) de 22 de febrero de 1993 y 827 (1993) de 25 de mayo de 1993 del Consejo de Seguridad por las que decidió el establecimiento de un tribunal internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas desde 1991 en el territorio de la ex Yugoslavia y ha ayudado a aplicarlas. El Gobierno alemán considera que la creación del tribunal representa una contribución importante al fortalecimiento de la jurisdicción penal en el marco de las Naciones Unidas.
- 3. No cabe duda de que ese acontecimiento ha servido y seguirá sirviendo de inspiración a la Comisión de Derecho Internacional en su labor relativa a la redacción del estatuto de un tribunal penal internacional. Será muy importante que en la labor de ese tribunal se haga uso de la experiencia práctica de la comunidad internacional con el Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia. El proyecto muestra de manera convincente que sería posible establecer un tribunal penal internacional si se pudieran resolver los problemas jurídicos y técnicos. En respuesta a la nota verbal del Secretario General de 4 de enero de 1994, el Gobierno de Alemania presenta las siguientes observaciones sobre las disposiciones fundamentales del estatuto.

LA NATURALEZA JURÍDICA DEL TRIBUNAL

4. Una de las cuestiones fundamentales es la de la condición jurídica del tribunal. La respuesta que se le dé afectará inevitablemente al fondo de una serie de disposiciones del proyecto. Ni en el comentario del Grupo de Trabajo de 1993 sobre el artículo 2¹ ni en el debate de esa cuestión en la Sexta Comisión durante el cuadragésimo octavo período de sesiones de la Asamblea General se indica una preferencia clara.

siones que el tribunal penal internacional se base en un tratado internacional separado. Ahora bien, ese criterio básico no debe prejuzgar la posibilidad de que se establezca un vínculo estrecho entre el tribunal y las Naciones Unidas. Se deben aprovechar plenamente las disposiciones al efecto de la Carta de las Naciones Unidas, sin sobrepasar su ámbito. Por consiguiente, el Gobierno de Alemania apoya las propuestas según las cuales esa interrelación se basaría en un instrumento separado.

5. El Gobierno de Alemania ha propuesto en varias oca-

6. Otra posibilidad sería la de otorgar al tribunal penal internacional, por lo menos durante la etapa inicial de su actividad especial, un carácter de institución permanente relacionada con las Naciones Unidas similar al de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya. Pero sea cual fuere la decisión definitiva de la CDI, se debe otorgar al tribunal la legitimidad y universalidad que necesita para ejercer esa jurisdicción penal. Y es especialmente importante asegurar que la índole del estrecho vínculo del tribunal con las Naciones Unidas no menoscabe su independencia y su integridad, incluidas las de los magistrados.

LA COMPETENCIA DE LA CORTE

- 7. No cabe duda de que el aspecto esencial del estatuto del tribunal penal internacional es la competencia ratione materiae de la Corte. El Gobierno de Alemania considera que la competencia de ésta debe ser lo más amplia posible. Acoge con agrado en principio el criterio para definir la competencia de la Corte escogido por el Grupo de Trabajo de la CDI e incorporado a los artículos 22 y 26. En el artículo 22 (Lista de crímenes definidos por tratados) se establece la competencia de la Corte con respecto a la categoría de crímenes definidos de conformidad con las disposiciones de los instrumentos internacionales pertinentes. Sin embargo, se plantea la cuestión de si esto satisface realmente el requisito de especificidad, que es un principio indispensable de esa competencia. A la luz del estatuto del Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia², este estatuto debería contener también una definición más precisa de los crímenes.
- 8. El párrafo *b* del artículo 21 (Revisión del Estatuto) serviría de base para ampliar la competencia de la Corte penal internacional establecida en el artículo 22 si las partes en el estatuto lo consideraran necesario. Esa disposición propiciaría el desarrollo progresivo de la práctica jurídica y la elaboración de normas internacionales. El artículo 21 adquiere una importancia adicional si se considera la otra labor de la CDI relativa al proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Ese código sigue siendo importante y no se debería vincular su conclusión a la aprobación de un estatuto del tribunal penal internacional. En todo caso, la

¹ Véase en particular el párrafo 4 del comentario.

² S/25704 y Corr.1, anexo.

competencia de la Corte se debería extender automáticamente al código en cuanto éste entrase en vigor.

- 9. El artículo 26 (Aceptación especial por los Estados de la competencia de la Corte en supuestos no regulados en el artículo 22) se refiere a los crímenes en virtud del derecho internacional general y a los crímenes en virtud de la legislación nacional que el Grupo de Trabajo de la CDI considera una base jurídica adicional de la competencia de la Corte. Cuando se debatió el proyecto en la Sexta Comisión durante el cuadragésimo octavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General, la propuesta de que fuera posible enjuiciar con arreglo al derecho penal los crímenes comprendidos en el ámbito del derecho internacional consuetudinario suscitó recelos, en parte porque son indefinibles. Dada la conveniencia de otorgar amplia competencia a la Corte, apenas se justificaría que se excluyeran de su competencia los crímenes en virtud del derecho internacional general no incluidos en el artículo 22. Además, el carácter por lo general grave de esos crímenes, como en el caso de las infracciones de las leyes y usos de la guerra y de los crímenes de lesa humanidad, justificaría el enjuiciamiento penal de los autores. No cabe duda de que sería aconsejable que la Comisión de Derecho Internacional proporcionara en este caso también una descripción precisa de los crímenes de que se trata. Podría servir de base al respecto la solución de los artículos 3 y 5 del Estatuto del Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia.
- 10. En opinión del Gobierno de Alemania, dudas más graves plantea el enjuiciamiento penal de los crímenes en virtud de la legislación nacional por la Corte penal internacional, según se prevé en el párrafo 2, b del artículo 26 del proyecto de estatuto. Es difícil que esto pueda parecer compatible con el principio de nullum crimen sine lege. En especial, el hecho de que la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas se mencione simplemente como ejemplo hace parecer dudoso que se pueda lograr la precisión necesaria.
- 11. Como se mencionó anteriormente, el tribunal penal internacional debe ejercer amplia competencia en el desempeño de su actividad. Por consiguiente, sería importante que esa competencia fuera objeto de aceptación universal por la comunidad de Estados. En ese sentido, el sistema de «no aceptación selectiva» de la competencia que figura en la variante B del artículo 23 (Aceptación por los Estados de la competencia de la Corte para el enjuiciamiento de los crímenes enumerados en el artículo 22) parecería la base más apropiada para establecer una competencia ampliamente aceptada.
- 12. Los artículos 25 (Asuntos sometidos a la Corte por el Consejo de Seguridad) y 27 (Imputación de un acto de agresión) del proyecto se refieren a la relación sin duda delicada entre el tribunal penal internacional y el Consejo de Seguridad. El Gobierno de Alemania respalda la opinión básica de que el Consejo de Seguridad debe estar en condiciones de presentar casos específicos al tribunal. Puesto que el enjuiciamiento penal sólo se prevé en relación con las personas, en el estatuto se debe indicar claramente que el Consejo de Seguridad está señalando a la atención en este caso situaciones en cuyo contexto inmediato podrían intervenir los crímenes definidos en el artí-

- culo 22. Al mismo tiempo, se debe tener en cuenta la cuestión de si la posibilidad prevista en el artículo 25 no se debería ampliar a la luz de la competencia de que goza el Consejo de Seguridad de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. Esto se aplica especialmente a los casos de graves violaciones del derecho internacional humanitario y los crímenes de lesa humanidad. También resultaría apropiado que el Consejo de Seguridad exhortara a los países a cooperar con el tribunal penal internacional.
- 13. También, el artículo 45 (Efecto de la cosa juzgada [non bis in idem]) debería ser examinado cuidadosamente. El objetivo perseguido por el Grupo de Trabajo en el párrafo 2 parece bastante razonable. Sin embargo, se plantea la duda de si se puede llevar esto a la práctica sin que afecte a la soberanía del país interesado.
- 14. Además, en todos los casos mencionados en el párrafo 2 del artículo 45, el tribunal penal internacional tendría que asumir el papel de un tribunal superior y revisar procesos ya concluidos para determinar si los actos cometidos por la persona condenada estaban tipificados erróneamente como crímenes ordinarios, si el tribunal actuó con imparcialidad o independencia, si el procedimiento tenía simplemente por objeto permitir que el acusado eludiera su responsabilidad penal internacional o si la causa fue instruida con diligencia. Tales revisiones presentarían probablemente dificultades considerables. Desde el punto de vista del enjuiciamiento penal, se debería considerar la posibilidad de que el principio *non bis in idem* fuera aplicable en general.
- 15. En los artículos 19 (Reglamento del Tribunal) y 20 (Reglamento de la Corte) se confiere al tribunal penal internacional el derecho de determinar su propio reglamento y procedimientos. No hay objeciones a que la Corte establezca un reglamento que no tenga consecuencias externas. Sin embargo, Alemania comparte la opinión de algunos países de que las disposiciones que rigen las actuaciones del sumario y del proceso deberían ser sometidas a la aprobación de las partes en el estatuto. Por lo menos las disposiciones fundamentales en este sentido deberían ser partes integrantes del estatuto. También se considera que hay suficientes motivos, en parte en relación con el artículo 40 (Derecho a un juicio imparcial), para especificar en el estatuto los intereses de las víctimas y los testigos, en especial su necesidad de protección. Por otra parte, los derechos del acusado parecen estar suficientemente protegidos en el artículo 44.
- 16. El artículo 53 (Penas aplicables) plantea la cuestión de definir la pena adecuada (nulla poena sine lege), que también se examinó a fondo durante el proceso de establecimiento del Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia. Es justo señalar a este respecto que los instrumentos internacionales pertinentes no contienen por lo general las definiciones claras de las penas aplicables en la jurisdicción internacional. En la medida en que la disposición que figura en el párrafo 2 del artículo 53 se entienda en el sentido de que no limita en modo alguno el grado de la pena, no cumple el requisito de que no sólo la punibilidad debe estar determinada por ley sino también las penas válidas en el momento de la comisión del crimen. Por consiguiente, se debe prever la imposición de las penas previstas en la legislación nacional de los Esta-

dos mencionados en el párrafo 2. A esa lista de penas se deberían añadir las previstas en la legislación del Estado del que sea nacional la víctima.

- 17. El Gobierno de Alemania ha expresado ya su rechazo de los juicios en rebeldía en relación con la elaboración del estatuto del Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia. Esa opinión recibió un apoyo considerable cuando se examinó el presente proyecto de estatuto en la Sexta Comisión durante el cuadragésimo octavo período de sesiones de la Asamblea General. Si la posibilidad de celebrar juicios en rebeldía contara con la aprobación de la mayoría, se tendrían que incorporar nuevas disposiciones al estatuto en las que se aclararían plenamente todas las cuestiones planteadas a este respecto.
- 18. El Gobierno de Alemania está de acuerdo con las cuestiones señaladas en relación con el artículo 56 (Apelación) durante el debate celebrado en la Sexta Comisión en el cuadragésimo octavo período de sesiones de la Asamblea General. En el párrafo 1 se prevé simplemente que la Junta de Gobierno constituirá una Sala de Apelaciones tan pronto como se haya interpuesto la apelación. Ahora bien, el estatuto debería contener más disposiciones sobre la actividad de la Sala. Con respecto a los procedimientos de apelación en su conjunto, se debería prever el establecimiento de una sala separada desde el principio.

Argelia

[Original: francés] [14 de febrero de 1994]

1. Antes de formular algunas observaciones sobre aspectos puntuales del proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional propuesto por el Grupo de Trabajo de la Comisión de Derecho Internacional, el Gobierno de Argelia quiere recordar, temeroso de que haya caído en el olvido, el contexto histórico, lógico y jurídico en el que se inscribe el examen de la cuestión.

A.—Contexto del examen de la cuestión

 La creación de una jurisdicción penal internacional es difícilmente separable de la cuestión principal de la elaboración de un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Históricamente, se ha previsto la creación de una jurisdicción penal internacional en respuesta a la necesidad de disponer de un órgano judicial de aplicación del código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Esta opción dimanaba de consideraciones coherentes que conservan toda su pertinencia y toda su actualidad. En efecto, si bien es cierto que un código sin el correspondiente órgano judicial encargado de su aplicación y de su observancia sería superfluo, no lo es menos que un tribunal sin una definición previa y rigurosa del derecho aplicable sería un órgano inoperante. Nos hallamos ante dos aspectos indisociables y complementarios de una misma empresa: la represión de crímenes cuyo carácter particularmente odioso y repugnante para la conciencia humana universal los predestina a ser

calificados de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

- 3. El Gobierno argelino, que siempre se ha mostrado favorable a la creación de un tribunal penal internacional, no duda en afirmar no obstante que la creación de ese tribunal no es un objetivo en sí. Sólo podrá tener una significación y un alcance reales si ese tribunal está destinado a reprimir actos que la comunidad internacional reconoce como crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y los presenta como tales y como correspondientes a la jurisdicción cuya creación se prevé.
- 4. En ese contexto, el hecho de que la Comisión de Derecho Internacional hava recibido el mandato, de conformidad con el párrafo 6 de la resolución 47/33 de la Asamblea General de 25 de noviembre de 1992, de elaborar un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional no significa en absoluto que el proyecto de código de crimenes contra la paz y la seguridad de la humanidad deba ser abandonado, ni siquiera retrasado. Al haber sido aprobado ya por la Comisión de Derecho Internacional el proyecto de código en primera lectura¹, sería sumamente conveniente que la Comisión reanudara su examen con arreglo a su método de trabajo habitual, pues dicho proyecto sigue siendo el pedestal sobre el que se levantaría la jurisdicción penal internacional. La empresa debe ser solidaria y los dos aspectos de la cuestión deben evolucionar de manera concomitante, con el mismo coeficiente de interés y de diligencia. El grado de maduración del tema y las preocupaciones actuales de la comunidad internacional ofrecen condiciones propicias para que se realicen progresos notables y rápidos en esta dirección.

B.—Observaciones sobre los proyectos de artículos

1. La naturaleza del futuro tribunal

5. En cuanto a su naturaleza, a juicio del Gobierno de Argelia, el tribunal tendría que ser permanente. A este respecto, Argelia no comparte la opinión según la cual podría ser suficiente una estructura embrionaria que se reuniría con carácter intermitente y sobre una base ad hoc. Los defensores de esta idea alegan esencialmente en apoyo de la misma consideraciones de orden presupuestario que, cualquiera que sea su importancia, no pueden imponer la decisión por sí solas, vista la trascendencia de la cuestión. Acontecimientos recientes de la actualidad internacional han revelado crudamente la existencia de una laguna en el ordenamiento de las relaciones internacionales: la ausencia de un tribunal penal internacional cuya sola existencia habría sin duda contribuido a enfriar situaciones de crisis grave. Se trata con toda evidencia de un vacío jurídico que conviene llenar cuanto antes. En algunos casos se han encontrado soluciones puntuales, en particular a través del recurso a órganos ad hoc, que no son sino paliativos a los que no es posible acomodarse de manera indefinida y que no se pueden multiplicar a voluntad sin un grave riesgo de dispersión del esfuerzo y de atomización del orden judicial internacional.

¹ Para el texto, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 101 a 105.

- 6. Además, una jurisdicción penal internacional permanente presentaría la ventaja de asegurar una aplicación objetiva, uniforme e imparcial del derecho internacional, evitando las contingencias inherentes al establecimiento de jurisdicciones una vez que se han producido los hechos reprensibles que se les confiarían.
- 7. Por último, sólo unos jueces internacionales permanentes están en condiciones de situarse por encima de las contingencias políticas del momento y de las presiones inevitables asociadas a la sensibilidad de las causas. Una justicia igual, independiente e imparcial sólo puede emanar de un tribunal permanente, formado por jueces elegidos para juzgar, con pleno conocimiento de causa y en aplicación de normas jurídicas generales e impersonales, los asuntos que se les sometan.

2. LA COMPETENCIA DEL FUTURO TRIBUNAL

8. En cuanto a la competencia del tribunal, el Gobierno argelino comparte la opinión generalmente admitida en favor de una competencia ratione personae limitada a los individuos. Por el contrario, la competencia ratione materiae parece indebidamente restrictiva en el proyecto de estatuto, en la medida en que ninguna de las tres variantes propuestas en el artículo 23 (Aceptación por los Estados de la competencia de la Corte para el enjuiciamiento de los crímenes enumerados en el artículo 22) responde a la necesidad de conferir al tribunal una autoridad suficiente que responda a la altura de la misión para la que se le debe crear. A juicio de Argelia, todo Estado que acepte el estatuto del tribunal debe aceptar ipso facto la competencia del mismo para todos los crímenes incluidos en su jurisdicción. Cualquier otra solución equivaldría de hecho a cuestionar el valor y a vaciar de su contenido la aceptación por un Estado del estatuto del tribunal.

3. El derecho aplicable

9. En cuanto al derecho aplicable, cuestión complementaria de la precedente, el proyecto de estatuto propone una fórmula que conviene revisar y completar. En efecto, el artículo 22 (Lista de los crímenes definidos por tratados) contiene una lista de crímenes para cuyo enjuiciamiento podría atribuirse competencia al tribunal, sobre la base de tratados internacionales en vigor. Este enfoque plantea cierto número de cuestiones, en particular la de la compatibilidad entre las disposiciones del estatuto del tribunal y las de los tratados en lo que respecta a la aplicación del principio «juzgar o extraditar», que es el principio básico de los tratados citados. Una aplicación lógica de ese principio, tal como está recogido en dichos tratados, podría traducirse en ambos casos en la imposibilidad práctica de llevar un caso ante el tribunal, dado que esos tratados sólo imponen a los Estados la obligación de juzgar por sí mismos o de extraditar al inculpado hacia otro país. El proyecto de estatuto del tribunal ha intentado superar esta contradicción fundamental estableciendo una especie de competencia preferencial en beneficio del tribunal, pero subordinándola a la sola buena voluntad de los Estados. Desde este ángulo, es dudosa incluso la utilidad de un tribunal penal internacional, pues es previsible que las más de las veces prevalezca la preferencia nacional.

- 10. Por otra parte, la lista de crímenes del artículo 22, aun completada por lo dispuesto en el artículo 26 (Aceptación especial por los Estados de la competencia de la Corte en supuestos no regulados en el artículo 22), dista de ser exhaustiva o satisfactoria. En efecto, en ella no figura toda una serie de crímenes que la comunidad internacional e incluso la propia Comisión de Derecho Internacional ha reconocido ampliamente como crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, por ejemplo el terrorismo internacional.
- 11. A la vista de lo que precede, el único enfoque coherente que parece posible consistiría en establecer la competencia exclusiva del tribunal para cierto número de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, previamente identificados según un código universal oponible a todos los Estados.

4. LA RELACIÓN CON LAS NACIONES UNIDAS

12. La relación entre el futuro tribunal y las Naciones Unidas no ha sido objeto de toda la atención que merece, pese a la importancia fundamental que se le reconoce en el informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 45.º período de sesiones². El Gobierno argelino considera importante que el tribunal sea un órgano de las Naciones Unidas no sólo para darle la autoridad moral de la Organización y asegurarle un reconocimiento universal sino también para materializar la unicidad del orden público internacional. Ello no afectaría en absoluto a su independencia y su autonomía. El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia constituye a este respecto un ejemplo palpable en lo que respecta a la elección de los jueces, al estatuto de los mismos, a la aceptación automática del Estatuto de la Corte por todo Miembro de las Naciones Unidas y al procedimiento para recurrir a la Corte.

Australia

[Original: inglés] [16 de febrero de 1994]

1. El proyecto de estatuto para un tribunal penal internacional propuesto por el Grupo de Trabajo de 1993 está dividido en siete partes, a las que sucesivamente se refieren las observaciones siguientes.

PRIMERA PARTE.—DE LA CREACIÓN Y COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL

2. Algunos artículos de esta primera parte plantean cuestiones de particular importancia.

 $^{^2}$ Anuario... 1993, vol. II (segunda parte), doc. A/48/10, pág. 18, párr. 60.

Artículo 2.—De la relación entre el Tribunal y las Naciones Unidas

- 3. El artículo 2 presenta dos variantes entre corchetes. En la primera se afirma que el Tribunal va a ser un «órgano judicial de las Naciones Unidas». En la segunda se prevé que «la relación entre el Tribunal y las Naciones Unidas es la que se establece en el presente Estatuto».
- 4. En sus comentarios sobre el artículo 2, el Grupo de Trabajo señala que no hubo acuerdo entre sus miembros acerca de la relación entre el tribunal y las Naciones Unidas. Australia cree que el tribunal penal internacional debería formar parte del sistema de las Naciones Unidas, preferiblemente como órgano judicial subsidiario. Australia cree que ello sería posible en el marco del Artículo 7, párrafo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. Como mínimo, Australia considera que el tribunal debería estar ligado con las Naciones Unidas por un acuerdo análogo a los concluidos con organismos especializados.

Artículo 4.—De la condición jurídica del Tribunal

5. El párrafo 1 del artículo 4 prevé que el Tribunal va a ser un «organismo permanente... [que] [S]e reunirá cuando sea necesario para conocer de un asunto que le haya sido sometido». Esta idea concuerda con la opinión que Australia expresó en su intervención sobre el tema en la Sexta Comisión en 1992 y en 1993¹, y con sus observaciones formuladas por escrito sobre el informe del Grupo de Trabajo de 1992.

Artículo 5.—De los órganos del Tribunal

6. Según el artículo 5, el Tribunal se compondrá de tres órganos: a) la Corte; b) la Secretaría; y c) la Fiscalía. Esta estructura es adecuada e idéntica a la del Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia.

Artículo 9.—De la independencia de los jueces

7. La adhesión al principio de la independencia de los jueces es vital para el funcionamiento adecuado del tribunal. El Grupo de Trabajo podría incluir en el artículo 9 ejemplos de actividades que podrían obstaculizar el ejercicio de las «funciones judiciales» de los jueces o «menoscabar la confianza en su independencia». Por ejemplo, en el párrafo 4 del comentario sobre el artículo 9 se señala que «se entiende claramente que un juez de la Corte no podrá ser al mismo tiempo miembro o funcionario de la rama ejecutiva del gobierno».

Artículo 11.—De la recusación de los jueces

8. En el párrafo 6 de su comentario sobre el artículo 11, el Grupo de Trabajo precisa que agradecería que la Asamblea General formulara observaciones sobre si «debía

fijarse un límite al número de jueces cuya recusación podría pedir el acusado». Establecer un límite no debería ser necesario pues no es probable que un acusado pueda encontrar las justificaciones necesarias para recusar a más de uno o dos jueces. Por otra parte, establecer un límite puede también considerarse contrario al derecho del acusado a un juicio justo ante un tribunal imparcial.

9. El Grupo de Trabajo pidió también comentarios sobre el quórum necesario en el caso de que un juez fuera recusado. Australia considera que tanto si la recusación se produce en aplicación del artículo 11, párrafo 2 como si tiene lugar en aplicación del artículo 11, párrafo 3, habrá que nombrar un sustituto para que se mantenga el quórum original.

Artículo 13.—De la composición, las funciones y las atribuciones de la Fiscalía

- 10. Según el párrafo 2 del artículo 13, los Estados Partes propondrán candidatos para los cargos de Fiscal y Fiscal Adjunto del tribunal. A diferencia del párrafo 2 del artículo 7, según el cual cada Estado Parte sólo podrá proponer la candidatura de una persona para la elección de los jueces de la Corte, el párrafo 2 del artículo 13 no establece ninguna limitación para la designación de candidatos a los cargos de Fiscal y Fiscal Adjunto. Lo mejor sería también que los Estados Partes sólo pudieran designar un candidato para cada uno de los cargos de Fiscal y Fiscal Adjunto, y que los candidatos designados fueran de nacionalidades diferentes.
- 11. El párrafo 4 del artículo 13 señala que la Fiscalía actuará con independencia. En sus observaciones escritas en relación con el informe del Grupo de Trabajo de 1992, Australia opinó (en los párrafos 58 y 59) que un sistema de Fiscalía independiente era preferible a un sistema en el cual los Estados querellantes se encargaran de diligenciar el juicio.

Artículo 15.—De la separación del cargo

12. El artículo 15 establece el mecanismo de separación de su cargo del Fiscal, el Fiscal Adjunto o el Secretario por falta cometida en el ejercicio de sus funciones o por infracción grave del Estatuto. En particular, el párrafo 2 del artículo 15 prevé que el Fiscal y el Fiscal Adjunto podrán ser separados de su cargo por el voto de una mayoría de dos tercios de los jueces de la Corte. Australia considera que facultar a la Corte para separar de sus cargos al Fiscal o al Fiscal Adjunto constituye una amenaza contra la independencia de la Fiscalía y podría llevar a acusaciones de parcialidad. Más idóneo sería el mecanismo en virtud del cual los Estados Partes decidieran sobre la separación del cargo del Fiscal o del Fiscal Adjunto en cada caso particular.

Artículo 19.—Del reglamento del Tribunal

Artículo 20.—Del reglamento de la Corte

13. Estas disposiciones son similares al artículo 15 del Estatuto del Tribunal penal internacional para la ex

¹ Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, A/C.6/48/SR.20, páπs. 53 a 63.

Yugoslavia², según el cual los jueces de dicho Tribunal aprobarán reglas sobre procedimiento y sobre prueba. El Consejo de Seguridad, en su resolución 827 (1993) de 25 de mayo de 1993 por la que aprobó el estatuto del Tribunal penal internacional, pidió también a los Estados que formularan sugerencias relativas a las normas sobre procedimiento y sobre prueba, las cuales serían presentadas a los jueces del Tribunal internacional para su consideración. Parecería oportuno considerar la posibilidad de crear un mecanismo similar que brindara a los Estados Partes la oportunidad de aportar su contribución a la redacción de las reglas de procedimiento y prueba del tribunal penal internacional.

Artículo 21.—De la revisión del Estatuto

14. Esta disposición debería figurar entre las cláusulas finales del estatuto. El artículo prevé la revisión del Estatuto cinco años después de su entrada en vigor y a petición de un número no especificado de Estados Partes. Será difícil decidir el número de Estados Partes necesario para solicitar esa revisión en la medida en que resulta difícil prever el número total de Estados Partes al cabo de cinco años. Quizás sería mejor definir el número de Estados Partes necesario para la revisión como fracción del número total de Estados Partes, por ejemplo la tercera o la cuarta parte. Parece también oportuno prever revisiones ulteriores del estatuto.

SEGUNDA PARTE.—DE LA COMPETENCIA Y EL DERECHO APLICABLE

15. La segunda parte es el núcleo central del estatuto. Estos proyectos de artículos reflejan una visión más amplia de lo que debería constituir la competencia del tribunal en razón de la materia. En el párrafo 57 de su informe, el Grupo de Trabajo de 1992 sostuvo que «la competencia del tribunal debería extenderse a determinados tratados internacionales vigentes en los que se tipifican crímenes de carácter internacional». Expresó la opinión, en el párrafo 59, de que «en la primera fase de la creación de un tribunal, su jurisdicción debería limitarse a los crímenes definidos por los tratados en vigor». En su intervención con ocasión del debate sobre este tema en la Sexta Comisión, durante el cuadragésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General³, Australia expresó su aprobación general a este enfoque del Grupo de Trabajo al tratar de la competencia de la Corte en razón de la materia. Los actuales proyectos de artículos proponen que la competencia ratione materiae de la Corte se extienda, más allá de los tratados vigentes, a los crímenes de derecho internacional general, ciertos crímenes de derecho nacional que han dado lugar a convenciones para la represión de actos ilícitos (por ejemplo la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas) y los crímenes transmitidos a la Corte por el Consejo de Seguridad en ciertos casos. Todo esto representa un considerable cambio de actitud.

Artículo 22.—De la lista de los crímenes definidos por tratados

- 16. El artículo 22 contiene una lista de los crímenes definidos por ciertos tratados, que constituirán la base de la competencia de la Corte. En el párrafo 2 de sus comentarios sobre el artículo 22, el Grupo de Trabajo señala que para la inclusión de crímenes en la lista se han seguido los criterios siguientes:
- a) el hecho de que los crímenes son definidos por el tratado correspondiente de tal manera que un tribunal penal internacional podría aplicar las normas convencionales básicas en relación con el crimen incluido en el tratado; y
- b) el hecho de que el tratado creaba, con respecto al crimen definido en el mismo, un sistema de competencia universal basado en el principio *aut dedere aut judicare* o la posibilidad de que un tribunal internacional enjuiciara el crimen, o ambas cosas.
- 17. Estos criterios representan un filtro para determinar los crímenes y tratados que deberían ser incluidos en el artículo 22. Como describen adecuadamente los elementos del crimen y establecen el principio *aut dedere aut judicare* o la competencia universal, disipan ampliamente las preocupaciones expresadas por Australia en el párrafo 36 de sus comentarios escritos sobre el informe del Grupo de Trabajo de 1992 en el sentido de que:

Será necesario examinar la forma en que ciertos delitos que constituyen un crimen grave de carácter internacional han de deducirse de la amplia variedad de normas penales creadas por las convenciones y los convenios vigentes. Será necesario precisar también los criterios con arreglo a los cuales una conducta determinada, definida en las convenciones o en los convenios vigentes, ha de incluirse en la jurisdicción del tribunal.

- 18. Como expresaba en su declaración ante la Sexta Comisión durante el cuadragésimo octavo período de sesiones de la Asamblea General⁴, Australia cree que la lista del artículo 22 no debería considerarse exhaustiva y podría ampliarse en el futuro. Advertimos que, por el momento, no se ha establecido ningún procedimiento general en ninguna otra parte del proyecto que permita la inclusión de tratados futuros. Convendría explorar esta posibilidad. En principio no parece haber ninguna razón para limitar la competencia del tribunal respecto solamente a los tratados incluidos en la lista.
- 19. La cuestión subsiste de saber si se pretende que la Corte tenga competencia para el enjuiciamiento de los crímenes contenidos en la lista del artículo sobre la base de que son «crímenes internacionales» definidos por las diversas convenciones (en cuyo caso la competencia de la Corte no dependería de que el Estado sea parte en el tratado correspondiente) o de si se pretende que la Corte sólo sea competente en el caso de que la competencia le haya sido conferida por el Estado que es parte en la convención de que se trate. El artículo 23 sugiere que la interpretación adecuada es la primera, pero el artículo 24 sugiere que la interpretación adecuada es la segunda. Además, la relación entre los artículos 22, 23 y 24 es fundamental, pero no aparece clara en los términos en que dichos artículos han sido redactados. A menos que se aclaren, la competencia precisa de la Corte seguirá siendo difícil de determinar y puede dar lugar a conflictos de competencia.

² S/25704 y Corr.1, anexo.

³ Véase nota 1 supra.

⁴ Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 20.ª sesión, párt. 56.

- Artículo 23.—De la aceptación por los Estados de la competencia de la Corte para el enjuiciamiento de los crímenes enumerados en el artículo 22
- 20. El artículo 23 tiene por objeto establecer el mecanismo por el que los Estados aceptan la competencia de la Corte para el enjuiciamiento de los crímenes a que se refiere el artículo 22. El artículo se presenta en tres variantes posibles: la variante A, según la cual los Estados Partes pueden aceptar en cualquier momento la competencia de la Corte; la variante B según la cual los Estados Partes pueden excluir determinados crímenes de la competencia de la Corte, y la variante C, que es una versión modificada de la aceptación de la competencia. En el párrafo 5 de sus comentarios, el Grupo de Trabajo de 1993 solicitó la orientación de la Asamblea General en cuanto al sistema que se haya de adoptar.
- 21. En sus comentarios al informe del Grupo de Trabajo de 1992, Australia señaló (párr. 8) la importancia de que la Corte tuviera una jurisdicción voluntaria en virtud de la cual un Estado podría ser parte en el estatuto y por acto separado aceptar la jurisdicción de la Corte. Un mecanismo de aceptación optativo estimularía una mayor participación en el estatuto. Las variantes A y C facilitarían este enfoque basado en la aceptación.
- Artículo 24.—De la competencia de la Corte a tenor del artículo 22
- 22. Australia está de acuerdo con el principio subyacente en el artículo 24 en la medida en que tiene en cuenta posibles conflictos entre las pretensiones jurisdiccionales de los Estados Partes. Al examinar la competencia de la Corte, Australia está de acuerdo en que, por razones prácticas, se ponga el acento en el Estado en cuyo territorio se encuentra el acusado o que pueda demostrar de otro modo su competencia de conformidad con el tratado aplicable.
- 23. Australia no ve con claridad el ámbito del párrafo 2. ¿Se pretende que la Corte sea competente en situaciones en las que el presunto culpable se encuentre en un Estado que no es parte en el tratado correspondiente? Como manifestamos en nuestros comentarios sobre el artículo 22, no está claro si la Corte puede ser solamente competente en los casos en que esa competencia le haya sido conferida por un Estado que es parte en el tratado pertinente.
- Artículo 25.—De los asuntos sometidos a la Corte por el Consejo de Seguridad
- 24. Australia no se opone en principio a la idea de que el Consejo de Seguridad pueda someter asuntos a la Corte. Sin embargo, en los términos en que está redactado el artículo 25, el Consejo de Seguridad tendría poderes mucho mayores a este respecto que cualquier Estado individualmente. Aparentemente, el artículo 25 parece facultar a la Corte para entender de casos que le hayan sido sometidos por el Consejo de Seguridad independientemente de que se hayan satisfecho las condiciones establecidas en el artículo 24. Si esa es la intención debería quedar clara en el texto del artículo.

- Artículo 26.—De la aceptación especial por los Estados de la competencia de la Corte en supuestos no regulados en el artículo 22
- 25. Australia apoya el principio expresado en el artículo 26, como se pone de relieve en la declaración que hizo ante la Sexta Comisión durante el cuadragésimo octavo período de sesiones de la Asamblea General⁵.

TERCERA PARTE.—DE LA INSTRUCCIÓN Y EL INICIO DEL PROCEDIMIENTO PENAL

Artículo 29.—De la denuncia

- 26. El artículo 29 concuerda con la opinión expresada por Australia en sus comentarios por escrito (párr. 59) relativos al párrafo 122 del informe del Grupo de Trabajo de 1992, en el sentido de que el derecho a interponer querella ante el tribunal debería hacerse extensivo a todo Estado Parte que haya aceptado la competencia del tribunal respecto de la infracción penal de que se trate.
- Sin embargo, Australia alberga dudas en cuanto a cuáles son los Estados afectados por la inclusión en el presente proyecto de la frase «u otro Estado que tenga igualmente derecho a ejercer jurisdicción y que haya aceptado la competencia de la Corte de conformidad con el artículo 23». Parece necesaria alguna aclaración. El párrafo 3 del comentario sobre este artículo se refiere a los Estados que interponen denuncias por las transgresiones del derecho internacional consuetudinario o del derecho interno. Puede ser que se trate de recoger las disposiciones del artículo 26. Sin embargo, éste confiere jurisdicción solamente en circunstancias muy limitadas y en general no lo hace en los casos de transgresiones del derecho internacional consuetudinario o del derecho interno, cuando esas transgresiones no han sido previstas en un tratado. El artículo 29 podría quizá también ser más específico en relación con los tipos de documentos justificativos que deben acompañar a la denuncia.

Artículo 30.—De la instrucción y la petición de procesamiento

28. El párrafo 1 del artículo 30, y esto es importante, prevé que la Junta de Gobierno de la Corte revise toda posible resolución del Fiscal de no ejercitar la acción penal. Ello refleja la opinión de Australia expresada en sus comentarios escritos (párr. 58) en el sentido de que debe preverse la posibilidad de revisar la decisión del Fiscal de no iniciar la acción penal.

Articulo 31.—Del inicio del procedimiento penal

29. El párrafo 1 estipula que el Fiscal, «tan pronto como resuelva que existen motivos bastantes para ejercitar la acción penal» formalizará la petición de procesamiento. No se habla de que el Fiscal reconozca la existencia «prima facie» de indicios razonables como para iniciar el

⁵ Véase nota 1 *supra*.

procesamiento, aunque esos son los términos empleados en el artículo 32 al referirse a la confirmación del procesamiento. Por consiguiente, convendría estudiar el significado de las palabras «motivos bastantes» y, en el caso de que sea diferente del de las palabras «prima facie», convendría exponer las razones de esa diferencia.

Artículo 33.—De la notificación del auto de procesamiento

30. El artículo 33 contiene los requisitos de la notificación del auto de procesamiento a los Estados Partes y a los Estados que no sean partes en el Estatuto. Permite a la Corte buscar la cooperación de estos últimos para la detención o la prisión de los acusados que se encuentren en su jurisdicción. Dada la naturaleza consensual de la jurisdicción de la Corte, no se pueden imponer obligaciones mayores a los Estados que no son partes en el Estatuto.

Artículo 35.—De la prisión provisional o la libertad provisional

31. El artículo 35 permite a la Corte mantener al procesado en prisión provisional o decretar su libertad provisional. Sin embargo, la disposición no incluye los criterios en que se basará la Corte para tomar esa decisión. Habría que examinar esta cuestión.

CUARTA PARTE.—DEL JUICIO

32. A diferencia del Estatuto del Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia, el proyecto de estatuto contiene disposiciones generales sobre las normas de procedimiento y de prueba.

Artículo 36.—Del lugar de celebración del juicio

33. El párrafo 1 prevé que el lugar de celebración del juicio será la sede del tribunal a menos que la Corte decida otra cosa. En el párrafo 2 se estipula que la Corte podrá, por acuerdo entre la Corte y el Estado interesado, ejercitar su jurisdicción en el territorio de cualquier Estado Parte o en el de cualquier otro Estado. Por consiguiente, un Estado Parte no tiene la obligación de autorizar a la Corte a ejercer su jurisdicción en su territorio. Este criterio es preferible al adoptado en relación con el Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia, que aparentemente permite al Tribunal reunirse en el territorio de cualquier Estado sin tener que conseguir el acuerdo del Estado interesado [véase el párrafo 6 de la resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad].

Artículo 38.—De las cuestiones de competencia

34. En el comentario al artículo 38 se formulan dos preguntas sobre las que el Grupo de Trabajo de 1993 desea recibir observaciones. La primera de ellas se refiere a si todos los Estados Partes deben tener derecho a impugnar la competencia de la Corte o solamente aquellos que ten-

gan un interés directo en el asunto. Australia cree que sólo los Estados que tengan un interés directo en el asunto deberían poder impugnar la competencia de la Corte. Desde un punto de vista político, no se ganará nada si se permite impugnar la competencia de la Corte a todos los Estados Partes.

- 35. La segunda pregunta es si el estatuto debe prever la posibilidad de que el procesado impugne en la fase de instrucción la competencia de la Corte o el fundamento del procesamiento. Australia considera que este tipo de impugnaciones debe formar parte del juicio y tener lugar en las primeras fases del mismo. A este respecto, Australia no está de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 2, apartado *b* del artículo 38.
- 36. No está claro el significado de la segunda frase del párrafo 3. Una vez tomada una decisión en cuanto a la competencia de la Corte, no se debería poder impugnar de nuevo durante el juicio, independientemente de la identidad de la parte impugnante. En consecuencia, el acusado no debería poder plantear de nuevo la cuestión de competencia una vez que se haya tomado una decisión sobre la misma. Evidentemente, contra esta decisión cabe un recurso de apelación.

Artículo 41.—Del principio de legalidad (nullum crimen sine lege)

37. El artículo 41 se basa en el principio de *nullum crimen sine lege*. Se satisface así el requisito establecido en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual, entre otras cosas:

Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional

Las palabras que figuran entre corchetes en el apartado *a* se deben mantener sin los corchetes para que quede claro que debe haber en el tratado una disposición aplicable al acusado por cualquier mecanismo que los diferentes Estados puedan adoptar.

Artículo 44.—De los derechos del acusado

- 38. El apartado h del párrafo 1 parece admitir la posibilidad del juicio en rebeldía. El Grupo de Trabajo de 1993 pidió comentarios sobre este punto. Australia se opone, en principio, a los juicios en rebeldía y preferiría que el estatuto no los autorizara. Sobre este punto nos remitimos al apartado d, párrafo 3, del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual toda persona acusada tiene derecho a hallarse presente en el juicio.
- 39. Australia advierte también que el presente proyecto no contiene ninguna salvaguardia procesal para los juicios en rebeldía. Estas cuestiones deben ser examinadas.

Artículo 45.—Del efecto de cosa juzgada (non bis in idem)

40. El apartado a del párrafo 2 permite al tribunal juzgar a una persona que ya hubiere sido juzgada por otro tri-

bunal cuando «el hecho de que se trate estaba tipificado como crimen ordinario». Se plantea la cuestión de si se respeta el principio *non bis in idem* cuando el tribunal puede juzgar de nuevo a una persona que ha sido ya juzgada por un tribunal nacional por el solo motivo de que el hecho de que se trate esté tipificado como crimen ordinario.

Artículo 47.—De las atribuciones de la Corte

- 41. El apartado a del párrafo 1 faculta a la Corte para «ordenar la comparecencia de testigos y recibirles testimonio». Según estos términos, se puede exigir la comparecencia de testigos de cualquier Estado Parte, incluso si ese Estado Parte no participa en la acción. Conviene precisar que si se adopta este procedimiento, diferiría sustancialmente del habitualmente seguido, según el cual los Estados pueden pedir asistencia a otros Estados solicitándoles la presencia de testigos, sin que esa presencia sea obligatoria.
- 42. El estatuto no contempla en la actualidad otras cuestiones menos substanciales relacionadas con esta facultad, como la responsabilidad por los gastos de los testigos. Estas cuestiones se tratarán posiblemente en el reglamento de la Corte que se habrá de elaborar.

Artículo 51.—De la sentencia

43. El párrafo 2 estipula que solo se dictará una sentencia u opinión. La prohibición de votos disidentes es más fácil de aceptar en un juicio en primera instancia que en el procedimiento en apelación (véanse las observaciones al artículo 56 *infra*).

Artículo 53.—De las penas aplicables

44. En sus términos actuales, el párrafo 3 establece que la Corte podrá dar órdenes relacionadas con los bienes y ganancias obtenidos de la perpetración del crimen, pero no prevé ningún mecanismo de ejecución. Ese mecanismo parece hallarse en el artículo 65, según el cual los Estados Partes se comprometen a reconocer las sentencias de la Corte y a darles cumplimiento. Por consiguiente, es necesario leer juntamente ambas disposiciones.

QUINTA PARTE.—DE LA APELACIÓN Y LA REVISIÓN

Artículo 55.—De la apelación contra sentencias o penas

45. En su redacción actual este artículo confiere al condenado el derecho de apelación, en tanto que el mismo derecho conferido al Fiscal aparece entre corchetes. Se debería dar al Fiscal la posibilidad de apelar contra toda decisión de la Sala para tener la certeza de que la absolución de un acusado no presenta defectos de derecho ni se basa en errores de hecho. Este es el sistema seguido en los procedimientos vigentes en todo el mundo.

Artículo 56.—De la apelación

- 46. El artículo 56 no prevé expresamente la posibilidad de que en las decisiones de las salas de apelaciones se puedan formular votos disidentes o particulares. Aunque las opiniones sobre este punto varían según la tradición jurídica de quienes las exponen, la tradición jurídica de Australia, derivada del *common law*, es favorable a la idea de que los miembros de la Corte puedan formular opiniones disidentes.
- 47. El comentario sobre el artículo 56 revela también una diferencia de opiniones en el Grupo de Trabajo de 1993 en cuanto a si debe haber una Sala de Apelaciones separada y distinta, como la prevista en el artículo 11 del Estatuto del Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia. Parece preferible una Sala de Apelaciones separada, pero la posición que finalmente se adopte estará sin duda determinada por el número de jueces que integren la Corte y la importancia prevista del caso.

SEXTA PARTE.—DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y LA ASISTENCIA JUDICIAL

Artículo 58.—De la cooperación internacional y la asistencia judicial

- 48. El párrafo 1 impone a todos los Estados Partes, hayan o no aceptado la competencia de la Corte, la obligación general de cooperar con el Tribunal «en toda diligencia de instrucción penal y en todo proceso relativo a crímenes que sean de la competencia de la Corte».
- 49. El párrafo 2 impone obligaciones más onerosas a los Estados Partes que hayan aceptado la competencia de la Corte, incluida la entrega o traslado del inculpado para ponerlo a disposición del Tribunal, de conformidad con el artículo 63. El Grupo de Trabajo podría examinar una lista más detallada de tipos de asistencia que un Estado Parte puede proporcionar en el marco del artículo 58, párrafo 2. Al mismo tiempo se podría proporcionar alguna orientación sobre lo que se entiende por cooperación en el párrafo 1.
- Artículo 61.—De las comunicaciones y del tenor de la documentación
- 50. El artículo 61 trata de las comunicaciones y del tenor de la documentación y se basa en el artículo 5 del Tratado modelo de asistencia recíproca en asuntos penales⁶. Australia apoya la decisión del Grupo de Trabajo de utilizar artículos del Tratado modelo de asistencia recíproca en asuntos penales y de tratados de extradición como precedentes de las disposiciones del proyecto de estatuto.

⁶ Resolución 45/117 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990, anexo.

Artículo 63.—De la entrega de un procesado para ponerlo a disposición del Tribunal

51. El párrafo 3 obliga a los Estados Partes que hayan aceptado la competencia de la Corte a detener y entregar a la persona inculpada, para ponerla a disposición de la Corte. Esta disposición parece oponerse a las normas de extradición generalmente aceptadas, según las cuales los Estados tienen el poder discrecional de extraditar o no a la persona cuya entrega se ha pedido. Sin embargo, por lo que respecta al Tribunal, cabe sostener que al admitir específicamente su jurisdicción, los Estados han aceptado ya que el Tribunal enjuicie el caso y han renunciado al derecho de no entregar al acusado. La situación puede por consiguiente distinguirse de la mera petición de extradición, sin aceptación previa del ejercicio de la jurisdicción por los tribunales de un país extranjero y en la que, en consecuencia, está plenamente justificado que el Estado solicitado conserve la facultad de no extraditar.

Artículo 64.—Del principio de especialidad

52. Esta norma es una disposición básica de todos los tratados de extradición y su inclusión en el proyecto de estatuto es esencial.

SÉPTIMA PARTE.—DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS

Artículo 66.—De la ejecución de las penas

53. El párrafo 1 pide a todos los Estados Partes que ofrezcan establecimientos para el cumplimiento de las penas privativas de libertad. Este enfoque es aceptable. Los Estados no deberían tener la obligación de aceptar a los penados. La aceptación de penados puede presentar dificultades particulares para algunos países, como Australia, que tienen un sistema federal según el cual los establecimientos penitenciarios están administrados por los Estados y no hay establecimientos penitenciarios federales.

Austria

[Original: inglés] [20 de junio de 1994]

Artículo 2.—De la relación entre el Tribunal y las Naciones Unidas

1. En el artículo 2 se prevén dos variantes con respecto a la relación entre el Tribunal y las Naciones Unidas. Por aconsejable que pueda ser crear el Tribunal como órgano judicial subsidiario de las Naciones Unidas, Austria cree que el establecimiento de una institución separada es más realista habida cuenta del hecho de que de lo contrario podría considerarse necesaria una enmienda de la Carta en la que se estableciera el Tribunal como órgano judicial de las Naciones Unidas. No obstante, es inevitable establecer un vínculo formal con el sistema de las Naciones Unidas.

Artículo 4.—De la condición jurídica del Tribunal

2. Austria acoge con satisfacción las disposiciones en el sentido de que el Tribunal se reunirá solamente cuando sea necesario para conocer de un asunto. Austria no comparte la opinión de que esa idea sea incompatible con las necesarias estabilidad e independencia del Tribunal.

Artículo 5.—De los órganos del Tribunal

3. Austria cree que el artículo 5 no debe entenderse en el sentido de que confiere al Tribunal el derecho de dar instrucciones a la Fiscalía.

Artículo 7.—De la elección de los jueces

4. El comentario del Grupo de Trabajo de 1993 al artículo 7 indica que hubo acuerdo en cuanto a establecer una especie de compensación en la prohibición de reelección de los jueces. Austria no pone objeciones a la fijación de un período más breve para el mandato en relación con la admisibilidad de la reelección. Es difícil apreciar una razón objetiva que justifique un mandato diferente de los jueces en comparación con el de los fiscales conforme a lo dispuesto en el artículo 13, párrafo 2. Teniendo en cuenta la necesidad del equilibrio de poder entre los órganos del Tribunal, podría pensarse en la reelección de los jueces.

Artículo 9.—De la independencia de los jueces

Artículo 10.—De la elección y las funciones del Presidente y los Vicepresidentes

5. Debería considerarse la posibilidad de cambiar el orden de los artículos 9 y 10 por razones de método. El comentario del Grupo de Trabajo de 1993 al artículo 10 indica que algunos miembros del Grupo de Trabajo defendieron enérgicamente que la Corte debería contar con un Presidente con dedicación exclusiva. Sin embargo, Austria no cree necesario que la presidencia sea de dedicación exclusiva.

Artículo 11.—De la recusación de los jueces

6. El texto del párrafo del artículo 11: «en que hayan intervenido anteriormente», parece demasiado ambiguo puesto que podría interpretarse en el sentido de que incluye también actos con arreglo al artículo 52 (De la imposición de la pena) y al artículo 57 (De la revisión) que evidentemente no deben conducir a la recusación. Podría considerarse la posibilidad de que corresponda al Presidente adoptar la decisión de inhibir a un juez para que intervenga en una causa. Austria cree que limitar el número de jueces cuya recusación tiene derecho a solicitar un acusado es inapropiado en el caso de que parezcan justificadas las recusaciones más allá del número propuesto. Las disposiciones relativas a esa limitación podrían entenderse en el sentido de que prejuzgan el derecho de un acusado a un juicio justo ante un tribunal imparcial.

- Artículo 13.—De la composición, las funciones y las atribuciones de la Fiscalía
- 7. Parece conveniente incluir una disposición similar a los párrafos 3 y 4 del artículo 7 para asegurar la independencia de la Fiscalía. El párrafo 4 del artículo 13, que establece que el Fiscal no solicitará ni recibirá instrucciones del Tribunal, es de suma importancia. No obstante, el empleo del término «Tribunal» en este contexto parece inapropiado puesto que no cabe pensar que el Tribunal como tal pueda dar instrucciones, a menos que sea por conducto de la Corte o de la secretaría. En el párrafo 7 se dice que el Fiscal no intervendrá en relación con una denuncia en que esté implicada una persona de la misma nacionalidad. Sin embargo, deben preverse también a este respecto otros motivos para la recusación, por ejemplo la acusación de parcialidad o la anterior intervención como juez.

Artículo 15.—De la separación del cargo

8. Austria expresa sus reservas con respecto a la disposición según la cual el Fiscal puede ser separado de su cargo por un órgano diferente del que lo haya elegido.

Artículo 16.—De los privilegios e inmunidades

9. Austria opina que el diferente trato de jueces y fiscales en lo que respecta a los privilegios e inmunidades no parece bien fundado.

Artículo 19.-Del reglamento del Tribunal

Artículo 20.—Del reglamento de la Corte

10. Austria comparte la opinión de que debe hacerse una distinción entre el reglamento del Tribunal y el reglamento de la Corte.

Artículo 21.—De la revisión del Estatuto

- 11. Austria acoge con satisfacción las disposiciones establecidas en el artículo 21, apartado *b*, que ofrecen una base para la incorporación de nuevas convenciones en el ámbito de la competencia de la Corte.
- Artículo 22.—De la lista de los crímenes definidos por tratados
- 12. La lista de crímenes definidos por tratados que figura en el artículo 22 cuenta, en general, con la aprobación de Austria. Austria comparte la opinión de los miembros del Grupo de Trabajo de que debe incluirse el crimen de tortura, definido en la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Además, Austria cree que el artículo 22 no debe ser exhaustivo y debe prever la posibilidad de que en nuevos tratados se definan crímenes comprendidos en la competencia de la Corte.

- Artículo 23.—De la aceptación por los Estados de la competencia de la Corte para el enjuiciamiento de los crímenes enumerados en el artículo 22
- 13. Austria prefiere sin duda la variante B que prevé la competencia automática de la Corte sobre los crímenes enumerados en el artículo 22 junto con un sistema de no aceptación de la competencia mediante declaración expresa. Sin embargo, la variante B debe modificarse en el sentido de que los Estados no miembros tengan derecho a aceptar la competencia de la Corte mediante una declaración, conforme a lo dispuesto en la misma variante.

Artículo 24.—De la competencia de la Corte a tenor del artículo 22

- 14. Habida cuenta de su anterior comentario, Austria sostiene la opinión de que la exigencia de ambas condiciones para aceptar la competencia *ratione personae*, como se establece en el párrafo 2 del artículo 24, puede debilitar la eficacia del sistema judicial. Por consiguiente, debe limitarse a un solo acto de aceptación.
- Artículo 25.—De los asuntos sometidos a la Corte por el Consejo de Seguridad
- 15. En opinión de Austria, el texto del artículo 25 no resuelve la cuestión de si el Consejo de Seguridad puede remitir asuntos a la Corte cuya competencia no hayan aceptado los Estados involucrados o si se excluye esta posibilidad.

Artículo 28.—Del derecho aplicable

16. A juicio de Austria, el apartado c del proyecto de artículo 28 debe aclarar cuál es el derecho interno que será fuente subsidiaria, por ejemplo el derecho nacional del país donde se haya cometido el crimen, el derecho del Estado del cual el acusado o la víctima sean nacionales, etcétera.

Artículo 29.—De la denuncia

- 17. Austria prefiere que sólo el Consejo de Seguridad y los Estados miembros del Tribunal tengan derecho a incoar procedimientos. Ello alentaría a los Estados a ser partes en el Estatuto. Austria acoge con satisfacción la sugerencia de un miembro del Grupo de Trabajo de que se establezca una Sala de acusación formada por tres jueces.
- Artículo 30.—De la instrucción y la petición de procesamiento
- 18. Habida cuenta del objetivo del Tribunal, que es garantizar una jurisdicción independiente e imparcial, Austria expresa sus reservas acerca de la competencia de la Junta de Gobierno, integrada por el Presidente y los Vicepresidentes de la Corte, para revisar las decisiones del Fiscal. Sin embargo, Austria comparte la opinión

de que en casos de denuncias totalmente infundadas no debe iniciarse la instrucción.

Artículo 31.—Del inicio del procedimiento penal

19. El comentario del Grupo de Trabajo al artículo 31 indica que una persona puede ser detenida o encarcelada en virtud del Estatuto cuando el procesamiento se halla todavía sin confirmar, sobre la base de una decisión preliminar de que existen motivos bastantes para formular las acusaciones y el riesgo de que no se pueda asegurar de otro modo la presencia del acusado en el juicio. Podría pensarse en ampliar las justificaciones de la detención en el caso de peligro de connivencia o de reincidencia.

Artículo 32.—Del procesamiento

20. Austria cree que el examen del procesamiento no debe corresponder a la Junta de Gobierno sino a una «Sala de acusación» separada (véase el comentario al artículo 29). Tal disposición evitaría también la impresión de parcialidad con respecto al Presidente o los Vicepresidentes que son miembros de la Junta de Gobierno, si intervienen en casos de apelación.

Artículo 33.—De la notificación del auto de procesamiento

21. Habida cuenta del hecho de que el objetivo de los párrafos 2 y 3 del artículo 33 es la cooperación internacional y la asistencia jurídica, Austria estima que debe insertarse una cláusula de referencia al párrafo 1 y a los apartados b y c del párrafo 2 del artículo 58. Consecuentemente, en el párrafo 4 del artículo 33 se podría hacer referencia al artículo 59. En cuanto al párrafo 5, podría pensarse en sustituir la notificación por otros medios apropiados, por ejemplo la notificación pública.

Artículo 37.-De la constitución de Salas

22. Con respecto al comentario del Grupo de Trabajo sobre el artículo 37, Austria comparte la opinión de algunos miembros de que la composición de las Salas debe determinarse anualmente y debe seguir el principio de rotación con arreglo a la norma de las garantías procesales.

Artículo 38.—De las cuestiones de competencia

23. Austria considera que sólo los Estados que tengan interés objetivo en un asunto deben tener derecho a impugnar la competencia de la Corte. Tanto el Estado interesado como la persona acusada deben gozar del derecho a impugnar la competencia de la Corte. El ejercicio de este derecho debe permitirse antes del juicio o al comienzo de éste. También podría considerarse la posibilidad de conceder al acusado el derecho a impugnar la competencia inmediatamente después de la notificación del auto de procesamiento. Con esta disposición no parecen verse afectados los principales derechos procesales del acusado puesto que éste ha de ser informado y pro-

visto de todos los documentos, con arreglo al párrafo 1 del artículo 33, a tiempo para que pueda decidir sobre una posible impugnación de la competencia incluso antes del comienzo del juicio. Austria sugiere que se reconsidere si la impugnación debe corresponder a la Sala de acusación propuesta (véase el comentario al artículo 29).

Artículo 39.—De las funciones de la Sala

24. Austria considera que el Fiscal debe leer el auto de procesamiento al comienzo del juicio. De lo contrario se podría dar la impresión de identidad entre la Corte y la Fiscalía.

Artículo 41.—Del principio de legalidad (nullum crimen sine lege)

25. Austria cree que el texto que figura entre corchetes en el apartado a no es suficientemente apropiado para establecer definiciones claras y precisas; por consiguiente este texto debería suprimirse.

Artículo 44.—De los derechos del acusado

26. Austria comparte la opinión de algunos miembros del Grupo de Trabajo de que en situaciones como las descritas en los apartados *b* y *c* del párrafo 3 del comentario del Grupo de Trabajo al artículo 44 parece apropiada la posibilidad de celebrar juicios en rebeldía. Sin embargo, parecen necesarias unas disposiciones más claras y más precisas para un caso de juicio en rebeldía. Austria comparte también la opinión de que en los casos de juicios en rebeldía las sentencias deben ser provisionales, en el sentido de que si el acusado comparece ante el Tribunal en una fase posterior deberá celebrarse un nuevo juicio en presencia del acusado.

Artículo 45.—Del efecto de cosa juzgada (non bis in idem)

27. Únicamente del comentario del Grupo de Trabajo al artículo 45 puede deducirse que el principio *non bis in idem* se aplica exclusivamente en caso de ejercicio de la competencia sobre el fondo del asunto. Austria cree que el texto del artículo 45 debería formularse de nuevo para indicar con más claridad que este principio se aplica únicamente en esos casos y que por consiguiente no es aplicable con respecto a una anulación del procedimiento o a una sentencia de absolución por razones formales.

Artículo 47.—De las atribuciones de la Corte

28. Austria comparte la opinión del Grupo de Trabajo, expuesta en el comentario al artículo 47, de que un expediente con un registro fiel y completo del proceso es de suma importancia para el acusado o el fiscal en casos de apelación o revisión. Por consiguiente, Austria considera necesario que el expediente se transmita a esas personas. También podría considerarse la posibilidad de añadir una disposición que otorgue a las mencionadas personas el derecho a recibir una copia del expediente.

Artículo 48.—Del modo de producir las pruebas

29. A juicio de Austria sería preferible que la competencia para decidir sobre el falso testimonio y el perjurio correspondiera a la Corte.

Artículo 51.—De la sentencia

30. Austria se suma a la opinión de algunos miembros, expresada en el comentario del Grupo de Trabajo al proyecto de artículo 51, de que no deben permitirse los votos particulares o disidentes.

Artículo 52.—De la imposición de la pena

31. Austria cree que la fórmula prevista en el artículo 51, párrafo 2 debe recogerse también en el artículo 52.

Artículo 53.—De las penas aplicables

32. Debería tomarse en consideración si la Corte puede obligar a la persona declarada culpable a sufragar las costas del proceso. Austria no se opone al derecho de la Corte a devolver los bienes robados a sus legítimos propietarios.

Artículo 55.—De la apelación contra sentencias o penas

33. Por lo que respecta al derecho del Fiscal a apelar, Austria considera que este derecho debe ponerse en conformidad con el derecho de apelación del acusado. No parece justificada la limitación de los derechos de apelación del Fiscal.

Artículo 56.—De la apelación

34. Austria cree que la norma establecida en el artículo 51 párrafo 2 debe recogerse también en el artículo 56. Austria cuestiona la función de la Junta de Gobierno en el nombramiento de la Sala de apelaciones. Comparte la opinión expresada en el párrafo 5 del comentario del Grupo de Trabajo al artículo 56 de que debe existir una Sala de apelaciones separada y distinta. Podría considerarse la posibilidad de autorizar al pleno, exceptuados los jueces que participen en una decisión del Tribunal inferior, a constituir una Sala de apelaciones.

Artículo 58.—De la cooperación internacional y la asistencia judicial

35. Austria proponc que se exija a los Estados que indiquen sus razones cuando se deniegue o se demore el cumplimiento de las peticiones de asistencia judicial internacional (véase el párrafo 5 del artículo 4 del Tratado Modelo de asistencia recíproca en asuntos penales)¹.

Artículo 61.—De las comunicaciones y del tenor de la documentación

36. Austria sugiere que se añada al párrafo 3 la siguiente fórmula como cláusula general:

«f) cualquier otra información necesaria para que se dé curso adecuado a la solicitud.»

(Véase también el apartado g del artículo 5, párrafo 1 del Tratado Modelo de asistencia recíproca en asuntos penales.)

Artículo 62.—De las medidas cautelares

37. Los apartados *a* y *b* podrían complementarse con el siguiente texto:

«en espera de la transmisión de una petición formal con arreglo al apartado d del párrafo 2 del artículo 58.»

38. Además, Austria cree que este artículo debería indicar cuál debe ser el contenido de una petición.

Artículo 63.—De la entrega de un procesado para ponerlo a disposición del Tribunal

39. A juicio de Austria, el texto del artículo 63 podría interpretarse erróneamente en la medida en que el uso de la palabra «extradición» hace pensar en la aplicación de un procedimiento formal de extradición. En este caso, un Tribunal nacional tendría que decidir sobre la ilicitud de la extradición con arreglo a sus propias normas (por ejemplo en relación con el carácter político del crimen). Esta consecuencia debe evitarse.

Artículo 67.—Del indulto, la libertad condicional o la conmutación de pena

40. En opinión de Austria el sistema previsto en el párrafo 4 debe ser el normal, a fin de que se pueda evitar el establecimiento de una Sala exclusivamente con este fin.

Belarús

[Original: ruso] [18 de febrero de 1994]

1. Los órganos competentes de la República de Belarús (Ministerio de Justicia y otros órganos), como complemento a sus observaciones formuladas en relación con la cuestión de una jurisdicción penal internacional¹, presentan las siguientes observaciones al informe del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional.

¹ Resolución 45/117 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990, anexo.

 $^{^{1}}$ Anuario... 1993, vol. II (primera parte), doc. A/CN.4/452 y Add.1 a 3.

2. Acogiendo con satisfacción los resultados de la labor del Grupo de Trabajo de 1993, cabe observar que la idea del tribunal penal internacional expuesta en el informe ha adquirido extraordinaria precisión. Se ha observado una tendencia positiva en la creación y la organización de los trabajos del órgano proyectado, muchos de los cuales precisan de apoyo y algunos de correcciones y exámenes ulteriores.

OBSERVACIONES PARTICULARES

- 3. En relación con las cuestiones de la creación y composición del tribunal penal internacional (primera parte del proyecto de estatuto), es necesario detenerse especialmente en el problema de la relación entre el tribunal y las Naciones Unidas. Como ya señalamos en nuestras observaciones respecto del informe del Grupo de Trabajo de 1992, para ser eficaz, el tribunal deberá colaborar estrechamente con las Naciones Unidas. Esa colaboración tendrá lugar principalmente entre el tribunal y el Consejo de Seguridad, que puede tener como modelo, *mutatis mutandis*, la que existe entre las Naciones Unidas y el Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA). Esto presupone que el tribunal estará estrechamente relacionado con las Naciones Unidas, pero no será uno de sus órganos.
- 4. Revisten extraordinaria importancia las cuestiones que atañen a la competencia del órgano que se habrá de crear. Cabe acoger con beneplácito la presentación de la variante B en el artículo 23 (Aceptación por los Estados de la competencia de la Corte para el enjuiciamiento de los crímenes enumerados en el artículo 22), que es lo más próximo a la conjunción propuesta de dos actuaciones: la declaración por la que se pasa a ser parte en el estatuto y el reconocimiento de la competencia del tribunal. De esta forma un Estado, al pasar a ser parte en el estatuto, automáticamente reconocerá competencia al tribunal en relación con los crímenes enumerados en el artículo 22 (Lista de los crímenes definidos por tratados). Evidentemente, como primera medida es necesario otorgar a los Estados el derecho de excluir ciertos crímenes de dicha competencia (simultáneamente con el acto de hacerse parte en el estatuto). Belarús está, sin embargo, firmemente convencida de que dicho derecho no puede ser ilimitado. Junto con dicho derecho es necesario reforzar el estatuto estableciendo un número limitado de los crímenes internacionales más graves generalmente reconocidos como tales, con relación a los cuales los Estados para ser parte en el estatuto deberán reconocer la competencia del tribunal. Esto permite crear de inmediato una cierta esfera de competencia coincidente del tribunal en relación con todos los Estados Partes en el estatuto, competencia que ulteriormente se ampliará en forma paulatina.
- 5. En relación con este número limitado de crímenes podría establecerse una competencia exclusiva del tribunal, puesto que ésta surge lógicamente de la índole de los crímenes internacionales. Además, en el estatuto se podría dar a cada Estado la posibilidad de reconocer —en lo que le concierne— una esfera de competencia exclusiva del tribunal penal internacional más amplia,

- mediante declaraciones o convenios entre el tribunal y los Estados que así lo deseen.
- 6. En lo que se refiere al apartado a, párrafo 2 del artículo 26 (Aceptación especial por los Estados de la competencia de la Corte en supuestos no regulados en el artículo 22), desearíamos observar que, con respecto a cierto número limitado de crímenes según el derecho internacional general (agresión o genocidio, para los Estados que no son partes en la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio), no sería necesario el consentimiento especial previsto en el párrafo 1 de dicho artículo si dichos crímenes quedaran incluidos en la esfera de jurisdicción exclusiva del tribunal. Esto presupone la definición de esos crímenes en el propio estatuto o en un protocolo establecido a ese fin.
- 7. Según parece, respecto a los crímenes indicados en el apartado a del párrafo 2 del artículo 26, se exige un consentimiento especial de los mismos Estados que se indican en el artículo 24 (Competencia de la Corte a tenor del artículo 22), con la única diferencia de que en este caso el fundamento no será un tratado internacional, sino una norma de derecho internacional aceptada y reconocida por la comunidad internacional en su conjunto. En consecuencia se requiere reformular las disposiciones del apartado a, párrafo 3 del artículo 26.
- 8. Cabe señalar el hecho de que la posible refundición del apartado a del párrafo 2 del artículo 26 con el artículo 25, que se menciona en el párrafo 4 de los comentarios al artículo 26, conduce a cambiar el sentido de las disposiciones del actual apartado a del párrafo 2. No parece ser necesario supeditar a una decisión del Consejo de Seguridad la sumisión de crímenes contra el derecho internacional general, salvo el crimen de agresión.
- En relación con la determinación de la competencia del tribunal ratione materiae, con frecuencia se suscita la cuestión de la relación entre el régimen ya existente de jurisdicción universal conforme a los tratados internacionales vigentes y el régimen de una jurisdicción internacional que se quiere crear. La posibilidad de sustitución (o modificación) del primer régimen por el segundo en las relaciones entre los Estados Partes en el estatuto no ofrece dudas (véase el párrafo 4 del artículo 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). Sin embargo, se plantean interrogantes en relación con los Estados que, no siendo partes en el estatuto, son partes en las convenciones pertinentes y tienen jurisdicción en relación con un crimen internacional que sería de competencia del tribunal penal internacional. En el proyecto de estatuto se propone resolver este problema en base de la teoría de «jurisdicción subsidiaria». Esta teoría es sumamente interesante, pero parece poco probable que sea aplicable a los crímenes internacionales.
- 10. La jurisdicción respecto a los crímenes internacionales, que se presentan como una categoría en el derecho internacional fundada en el consenso de todos los miembros de la comunidad internacional, siempre deriva de un tratado. Precisamente es de un tratado internacional que surge la jurisdicción de cada Estado respecto de un acto que éste reconoce como crimen internacional. De igual modo surgirá de un tratado la jurisdicción del tribunal

penal internacional. Sin embargo, la jurisdicción de un órgano internacional en relación con crímenes internacionales corresponde más al carácter de los crímenes internacionales que la jurisdicción de cualquier Estado en particular. Por ello resulta justificado que el estatuto tenga prioridad sobre otros tratados internacionales.

- 11. En cualquier caso la entrega de un sospechoso al tribunal a pesar de un pedido de extradición de un Estado que no sea parte en el estatuto y sea parte en un tratado pertinente, no puede considerarse una violación del principio *aut dedere aut judicare* consagrado en los tratados. Esta obligación (juzgar), no debe interpretarse al pie de la letra. Su finalidad es que un delincuente sea sometido a la justicia y realmente procesado. Esta exigencia se cumplirá con la entrega de los sospechosos al tribunal penal internacional, observándose todos los procedimientos que garantizan el derecho a un debido proceso.
- 12. Merecen apoyo las disposiciones sobre iniciación del procedimiento estipuladas en el artículo 29 del proyecto de estatuto del tribunal. La facultad de desestimar una denuncia debería corresponder exclusivamente a la Corte y no al Fiscal, incluso aunque se dé a la Corte la posibilidad de revisar una decisión de aquél. No se puede admitir que el destino de los asuntos más graves sometidos a la jurisdicción del tribunal sea decidido por una sola persona.
- 13. En cuanto a la organización de la instrucción de las causas, quisiéramos repetir una vez más la propuesta de que ésta sea realizada no por la Fiscalía, sino por un órgano independiente. Consecuentemente se reducirían las funciones del Fiscal y el número de los funcionarios a su cargo. Según parece, esta tercera posibilidad, propuesta en el marco de la Comisión, de creación de una comisión de instrucción integrada por magistrados y la atribución de funciones de información a la Fiscalía, es la solución más aceptable. Si se aceptara esta propuesta, el artículo 30 debería dividirse en dos: «De la instrucción» y «De la petición de procesamiento». También debería modificarse la estructura del órgano que se habrá de crear.
- 14. En el párrafo 2 del artículo 32 (Procesamiento), habida cuenta de lo indicado anteriormente, es necesario prever que el Fiscal pueda presentar, para su examen por la Junta de Gobierno de la Corte (o la Sala de que se trata en el párrafo siguiente), no sólo la petición de procesamiento, sino un informe, si las pruebas disponibles justifican el sobreseimiento en la causa.
- 15. En relación con el artículo 38 del proyecto de estatuto (Cuestiones de competencia), parece necesario reafirmar el derecho de impugnar la competencia por parte de todos los Estados que tengan jurisdicción en relación con un determinado crimen. Será lógico establecer una estrecha relación entre los Estados que tengan derecho a incoar una causa ante la Corte y los Estados que tengan derecho a impugnar la jurisdicción de la misma.
- 16. Parece aceptable que se dé a los acusados la posibilidad de impugnar la competencia de la Corte en la etapa preliminar del procedimiento, como figura en el proyecto de estatuto. Sería conveniente prever una Sala de acusación especial que pueda también examinar el fundamento

- del acta de acusación o el informe del Fiscal con la solicitud de sobreseer la causa.
- 17. Merece objeción el que se incluyan en el apartado a del artículo 41 [Principio de legalidad (nullum crimen sine lege)] las palabras que figuran entre corchetes. A este respecto es necesario partir del hecho de que, en el caso de crímenes internacionales, la responsabilidad penal de los individuos surge directamente de las normas del derecho internacional.
- 18. En relación con el sistema de apelación contra sentencias o penas (art. 55), el derecho de apelación debería concederse no sólo al condenado, sino al Fiscal, lo que corresponde por entero a las funciones de la acusación y al sistema de apelación en un proceso penal. Para el procedimiento de apelación, teniendo en cuenta las particularidades del tribunal penal internacional, sería conveniente que el examen del recurso lo hiciera el pleno de la Corte, con exclusión de los jueces que hayan participado en el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia.
- 19. Asimismo, el derecho de solicitar la revisión de una sentencia debería concederse tanto al condenado como al Fiscal (art. 57).
- Como complemento a lo ya dicho en relación con la cuestión de la competencia del tribunal penal internacional por razón de la materia, merece apoyo la disposición del artículo 63, párrafo 4 (Entrega de un procesado para ponerlo a disposición del Tribunal). Junto con esto sería conveniente expresar en forma más definida la disposición de que se debe dar preferencia a las solicitudes de extradición de un inculpado formuladas por el tribunal, suprimiendo en el párrafo 5 las palabras «en lo posible». En todo caso, la regla de prioridad debe regir incondicionalmente en relación con la extradición de un acusado de crímenes que corresponden a la esfera de jurisdicción exclusiva del tribunal. En este artículo sería conveniente resolver la cuestión de la no entrega de un acusado al tribunal en violación de las disposiciones del estatuto. En tal caso el tribunal debería tener la facultad de solicitar al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que procure la extradición del acusado.
- 21. Se hace necesario diferenciar el principio de especialidad (art. 64) en función del crimen: a los crímenes comprendidos en la competencia exclusiva del tribunal penal internacional no se justificaría aplicar dicho principio.
- 22. La disposición del párrafo 4 del artículo 67 (Indulto, libertad condicional o commutación de pena) no permite la fiscalización eficaz de la ejecución de las penas. La decisión en todas las cuestiones referentes al indulto, la libertad condicional o la commutación de pena debe incumbir exclusivamente al tribunal internacional.
- 23. La República de Belarús expresa la esperanza de que sus observaciones ayuden a la Comisión de Derecho Internacional en la conclusión de los trabajos relativos al proyecto de estatuto del tribunal penal internacional. La República de Belarús se reserva el derecho de fijar su posición en relación con el proyecto de estatuto que en última instancia sea redactado por la Comisión.

Chile

[Original: español] [22 de marzo de 1994]

OBSERVACIONES GENERALES

1. Chile ha apoyado y apoya firmemente la creación de un tribunal penal internacional como el que se propone, a fin de evitar las impunidades de los autores y demás participantes en graves crímenes internacionales. Nuestro país ha avanzado ciertos criterios centrales a la luz de los cuales debería examinarse el proyecto de estatuto en actual estudio. Estos criterios fundamentales, en opinión del Gobierno de Chile, serían los siguientes:

I.—LA CREACIÓN DEL TRIBUNAL

- 2. La creación del tribunal penal internacional debe abordarse en forma independiente del código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, única forma de garantizar la aprobación oportuna de ambos cuerpos jurídicos, sin embargo tan íntimamente vinculados.
- 3. En esta materia el proyecto coincide con la posición del Gobierno de Chile basada en que un tratamiento separado del estatuto del tribunal y del código de crímenes es conveniente por razones tanto metodológicas como políticas dirigidas a un mayor progreso del derecho internacional penal y a facilitar la participación de más Estados, tanto en el código propuesto como en una eventual jurisdicción penal internacional. Lo anterior es sin perjuicio de que una vez aprobado y entrado en vigor el referido código se amplíe la competencia del tribunal a los crímenes internacionales tipificados en dicho instrumento.
- 4. En esta perspectiva es necesario abordar la relación entre el código y diferentes convenciones multilaterales, ante la posibilidad de superposición en la definición de transgresiones penales, ya sea al duplicarse éstas, omitirse elementos de una figura penal ya definida o reducirse su ámbito.
- 5. La creación del tribunal penal internacional no debe implicar la exención de la obligación de los Estados de juzgar o conceder la extradición de las personas acusadas de cometer crímenes contra la paz y la seguridad internacionales.
- 6. Chile es parte de varios instrumentos internacionales en los cuales se contempla un sistema de jurisdicción universal basado en la obligación de los Estados de juzgar o conceder la extradición de las personas acusadas de cometer crímenes internacionales. Desde esta perspectiva, el establecimiento de un tribunal internacional no puede significar que el Estado se vea obligado a renunciar al ejercicio de la jurisdicción en virtud del principio antes enunciado, no debiendo establecerse en el estatuto un principio de jurisdicción preferente por sobre la de los tribunales nacionales.

II.--LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

- 7. La competencia del tribunal que nos ocupa debiera ser subsidiaria de la que pueden ejercer los tribunales nacionales. La jurisdicción penal internacional debería tener lugar entonces, y como regla general, sólo a falta de jurisdicción nacional.
- Chile, tal como lo concibe el proyecto de estatuto, considera al tribunal como un medio puesto a disposición de los Estados Partes, así como de otros Estados y del Consejo de Seguridad, destinado a garantizar una mayor justicia y evitar la impunidad de crímenes graves. De esta manera, el régimen que se establezca en el estatuto deberá entenderse como complementario del régimen basado en la opción de juzgar o conceder la extradición, concibiéndose la opción de remitir el caso al tribunal internacional, como una tercera alternativa para Estados que han de tener derecho a ejercer su jurisdicción respecto de un determinado crimen en virtud de un tratado multilateral, del derecho consuetudinario o de su derecho nacional. Esto no excluye, y el estatuto así debiera contemplarlo, que respecto a determinados crímenes de especial gravedad, como es el caso del genocidio, no existiendo un Estado en condiciones de juzgar a los criminales, la competencia del tribunal internacional pudiera ser exclusiva y excluyente.
- 9. Por otra parte, tal como Chile lo ha manifestado en anteriores ocasiones, en ningún caso el tribunal internacional podría ejercer competencia como un tribunal de alzada o de segunda instancia en relación con decisiones adoptadas por un tribunal nacional, lo que además de originar problemas constitucionales a muchos Estados implicaría una injerencia en sus asuntos internos.
- 10. En razón de lo expuesto, el Gobierno de Chile hace presente su reserva respecto del contenido del apartado *b* del párrafo 2 del artículo 45 [Efecto de la cosa juzgada (non bis in idem)], que permitiría, en determinadas situaciones, la revisión de sentencias de tribunales nacionales. En efecto, es necesario abordar más detenidamente la cuestión concerniente a cuándo se debe entender que los tribunales nacionales no han cumplido su misión de conocer y juzgar los crímenes internacionales, de modo que, por ello, le corresponda actuar al tribunal penal internacional.
- El órgano jurisdiccional debería crearse por un tratado dentro del marco de las Naciones Unidas. Este es otro de los lineamientos que nuestro país ha adelantado con anterioridad. Chile comparte el criterio también expresado por otros Estados de la conveniencia de que exista por lo menos algún tipo de relación entre el tribunal y las Naciones Unidas, no sólo por la autoridad y permanencia que ello conferiría al tribunal, sino también porque la competencia de la Corte podrá depender en parte de decisiones del Consejo de Seguridad. Es por ello que el Gobierno de Chile se inclina por una solución que implique la celebración de un tratado de cooperación de la índole de los celebrados entre las Naciones Unidas y sus organismos especializados, en el cual se establezcan las obligaciones y atribuciones de los órganos de las Naciones Unidas vinculados al buen y normal desarrollo de las funciones de un tribunal.

- 12. El tribunal debería ser o constituir un mecanismo permanente que permita a los jueces que lo integran reunirse sin demora cuando sean convocados.
- 13. En relación con la estructura del tribunal, Chile coincide con el proyecto en la búsqueda de una solución marcada por la flexibilidad y la economía traducida en no crear un órgano permanente con dedicación exclusiva sino un mecanismo que permita a los jueces reunirse sin demora en los casos en que ellos sean convocados. De esta manera el proyecto de estatuto contempla un mecanismo preexistente que funcionaría sólo en caso necesario y cuya composición en cada situación concreta se determine en virtud de criterios objetivos que aseguren la imparcialidad de los integrantes del tribunal.
- 14. En esta óptica, el Gobierno de Chile estima que atenta contra la independencia del tribunal la disposición del párrafo 2 del artículo 15 (Separación del cargo) del proyecto que entrega la facultad de remover al fiscal y al fiscal adjunto a la Corte, debiendo recaer dicha facultad en aquellos que tienen la autoridad para nombrarlos, esto es los Estados Partes en el estatuto, previa la declaración de culpabilidad por falta cometida en el ejercicio de sus funciones o por infracción grave al estatuto. Asimismo, no aparece justificada la disposición del párrafo 1 del artículo 15 y por qué no se mantiene el criterio establecido en el Artículo 18 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que no acepta la separación de un juez de su cargo, salvo que a juicio unánime de los demás miembros de la Corte se determine que ha dejado de satisfacer las condiciones requeridas.
- 15. El tribunal debería tener competencia obligatoria respecto de gravísimos y fundamentales crímenes en los cuales la humanidad en su conjunto pueda ser considerada como víctima, como sería el caso del genocidio. En los demás casos la competencia debería ser facultativa.
- 16. En relación a la competencia, el Gobierno de Chile se inclina por una fórmula que, por el sólo hecho de ser parte de su estatuto, los Estados le reconozcan dicha facultad para conocer y juzgar, con las excepciones que cada Estado soberano establezca ratione materiae y/o ratione temporis.
- 17. Sin perjuicio de lo expuesto, cuando se trate de gravísimos y fundamentales crímenes en los cuales la humanidad en su conjunto pueda ser considerada la víctima, como es el caso del genocidio, de los crímenes de guerra y de la agresión (esta última, previa determinación del Consejo de Seguridad), la competencia del tribunal debiera ser obligatoria. Desde esta perspectiva Chile se inclina, con las modificaciones pertinentes en relación a la jurisdicción obligatoria, por la variante B del artículo 23 (Aceptación por los Estados de la competencia de la Corte para el enjuiciamiento de los crímenes enumerados en el artículo 22).
- 18. En relación a las preguntas formuladas en el comentario al artículo 38 del proyecto (Cuestiones de competencia), el Gobierno de Chile señala que la solución debería consistir en distinguir entre situaciones relativas a crímenes internacionales tipificados en un tratado y los demás casos. Respecto de los primeros todo Estado Parte en el estatuto tendría el derecho a impugnar la competencia; en los otros casos, sólo el Estado o los Estados con interés

- directo en el asunto. En lo que se refiere al acusado, Chile estima que también debe tener el derecho a impugnar la competencia del tribunal, pero este derecho debería ejercerse como cuestión preliminar al tomar conocimiento de la acusación.
- 19. El tribunal internacional debería tener igualmente competencia consultiva a fin de asistir a los tribunales nacionales en la interpretación de los tratados relativos a crímenes internacionales. El proyecto no ha considerado la posibilidad de que el tribunal internacional disponga de una competencia consultiva a requerimiento de los Estados Partes del estatuto. Al respecto el Gobierno de Chile insiste en esta propuesta que tiene por objeto ayudar a los tribunales nacionales en la correcta aplicación e interpretación de aquellos instrumentos internacionales que definen crímenes cuyo conocimiento les corresponda. Chile considera que la experiencia de la competencia consultiva de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Internamericanade Derechos Humanos es sumamente positiva.

III.—EL DERECHO APLICABLE

- 20. Los delitos que debería conocer el tribunal serían aquellos tipificados por tratados internacionales.
- 21. En lo que concierne al derecho aplicable por el tribunal y de conformidad con el principio *nullum crimen sine lege*, el Gobierno de Chile considera que el tribunal sólo debería conocer en los delitos definidos en instrumentos internacionales de amplia aceptación como son aquellos mencionados en el artículo 22 (Lista de los crímenes definidos por tratados), con el agregado de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.
- 22. Lo expuesto no implica excluir el derecho aplicable a los delitos comprendidos en el futuro código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, cuando éste entre en vigor, como tampoco que los Estados confieran la competencia respecto de otros delitos no comprendidos en los citados tratados.
- 23. Una situación particular se presenta respecto del crimen de agresión, el cual hoy día no se encuentra tipificado en un instrumento internacional de aceptación universal. En la materia, se considera que este crimen contra la paz debe comprenderse dentro de la competencia del tribunal, en la disposición que otorga facultad al Consejo de Seguridad para formular una denuncia ante el tribunal, toda vez que su interposición sólo es posible previa determinación por parte de dicho órgano de las Naciones Unidas de la existencia de una agresión de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.
- 24. El proyecto, coincidiendo con la posición chilena, sólo se refiere a los delitos cometidos por particulares, no extendiéndose la competencia del tribunal a los Estados, sin perjuicio de que dichos individuos posean la calidad de agentes estatales. Como ya lo ha señalado el Gobierno chileno, el juzgamiento de Estados ofrecería gravísimas dificultades y, por otra parte, para sancionar conductas antijurídicas de los Estados, existen otros mecanismos dentro del derecho internacional vigente. A este respecto, se reitera la opinión de Chile de que, como contrapartida

a la falta de competencia del tribunal internacional para conocer de las acciones delictivas de los Estados, deben reforzarse el papel del Consejo de Seguridad, el de la Corte Internacional de Justicia y especialmente los mecanismos de protección de los derechos humanos.

IV.—LA SENTENCIA Y LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS

- 25. Por último, en relación al procedimiento del tribunal y al problema de la ejecución de las penas, el Gobierno de Chile formula las siguientes observaciones:
- a) El artículo 51 (La sentencia) no contempla la posibilidad de que la sentencia pueda contener opiniones separadas o disidentes. El Gobierno de Chile considera, como la práctica de otros tribunales internacionales indica, que la aceptación de opiniones separadas o disidentes constituye un aporte al desarrollo del derecho internacional y en el caso en cuestión podría ser muy importante para el acusado que decidiese apelar de una condena, como asimismo también de interés para la Sala de Apelaciones al decidir si revoca o no una condena;
- b) El artículo 67 contempla la facultad del tribunal de otorgar indultos, la libertad condicional o la conmutación de la pena cuando la ley nacional del Estado donde el sancionado cumple la pena así lo permita por la misma conducta.
- 26. Al respecto el Gobierno de Chile estima que, dada la gravedad de los crímenes objeto de la competencia del tribunal, por regla general no debería otorgarse la libertad antes de que se haya cumplido la pena impuesta por la Corte, y en ningún caso la impetración de los referidos beneficios debería quedar sujeta a los vicisitudes de las legislaciones nacionales de los Estados donde se cumplen las condenas, sujetándose el otorgamiento de esos beneficios, sólo en casos limitados, a la exclusiva autoridad del tribunal internacional.

Conclusión

27. El Gobierno de Chile se reserva de formular ulteriores comentarios sobre el texto en estudio, ya sea por propia iniciativa o si así se le requiere.

Chipre

[Original inglés] [28 de abril de 1994]

1. En el artículo 22 del proyecto de estatuto (Lista de los crímenes definidos por tratados) debería agregarse una nueva disposición que incluyera como crimen «la violación masiva y organizada de los derechos humanos por razones políticas o religiosas o por razones de raza, ya sea en tiempo de paz o de conflicto armado». El fundamento jurídico de este crimen puede encontrarse en el artículo 6, apartado c del Estatuto del Tribunal de Nuremberg¹ que se

refiere a los «crímenes de lesa humanidad, inclusive los actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos».

- 2. Este crimen estaba relacionado con los crímenes contra la paz o los crímenes de guerra², pero las disposiciones del proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional no difieren significativamente de la adición propuesta. Esta adición se justifica también si se tiene en cuenta la reciente evolución del derecho internacional y de los derechos humanos. Cabría sostener además que el crimen internacional propuesto se ha codificado como parte del derecho internacional consuetudinario a raíz de la resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad, de 25 de mayo de 1993, por la cual éste decidió el establecimiento de un tribunal internacional para el enjuiciamiento de los responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991. Debe señalarse también que esto hace referencia a los «crímenes de lesa humanidad» en relación con la aplicación del artículo 26 del proyecto de estatuto (Aceptación especial por los Estados de la competencia de la Corte en supuestos no regulados en el artículo 22).
- 3. Con respecto al artículo 23 (Aceptación por los Estados de la competencia de la Corte para el enjuiciamiento de los crímenes enumerados en el artículo 22), el Gobierno de Chipre desea apoyar la variante C.

Cuba

[Original español] [7 de febrero de 1994]

- 1. En opinión del Gobierno de la República de Cuba, no existen aún las condiciones imprescindibles para la creación de una jurisdicción penal internacional que cumpla con sus objetivos, sin que su accionar vulnere el principio de soberanía que constituye una premisa básica para la existencia de las Naciones Unidas.
- 2. En relación con el proyecto presentado a la Asamblea por el Grupo de Trabajo de la Comisión de Derecho Internacional, el Gobierno cubano sostiene el criterio de que solamente se podría adoptar el estatuto que se propone si se presenta en forma de tratado al que pudieran adherirse libremente los países interesados. Dicho tratado debería contener las correspondientes cláusulas de reserva para los delitos que las partes no deseen someter a la jurisdicción internacional.
- 3. Respecto a la naturaleza del tribunal que se pretende crear, el Gobierno cubano opina que, de establecerse, éste debe ser un órgano permanente, aunque solamente debe reunirse cuando sea necesario para conocer de un caso. El recurso a tribunales especiales, establecido para conocer de situaciones ya creadas, constituye un riesgo de que los mismos puedan ser influidos por dichas situaciones, lo cual

¹ Véase Naciones Unidas, Le statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg Historique et analyse, memorándum del Secretario General (N° de venta 1949 V7)

² G Schwarzenberg, International Law as Applied by International Courts and Tribunals, 3 a ed , Londres, Stevens, 1976, vol III International Constitutional Law, pág 496

conspiraría contra la objetividad e imparcialidad de dichos tribunales.

- 4. Si llegara a crearse dicho tribunal, los jueces que lo integren deben ser elegidos en base a una distribución geográfica equitativa, teniendo en cuenta, además, que en el mismo deben estar representados los distintos sistemas jurídicos, lo que le conferiría una mayor universalidad.
- 5. En relación con la competencia que deberá atribuirse a dicho tribunal, la misma debe corresponderse fundamentalmente con la lista de delitos que recoge el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, habida cuenta de que fue en este marco y con vistas al mismo que se decidió considerar la posibilidad de establecer el citado tribunal.
- 6. En cuanto a los derechos de que debieran disfrutar los acusados ante el citado tribunal internacional, el Gobierno de Cuba entiende que éstos deben contar con todas las garantías de un proceso objetivo e imparcial. Al respecto, debe quedar claramente establecido que éstos no podrán ser juzgados en ausencia, a menos que quede plenamente demostrado que esta ausencia obedece a la intención de evadir la acción de la justicia.
- 7. Para el Gobierno cubano reviste especial interés lo concerniente a la categoría de sujetos que pueden someter asuntos al tribunal penal que se pretende establecer. Entiende el Gobierno cubano que conferirle al Consejo de Seguridad la potestad de enviar casos al tribunal constituye una ampliación de las funciones que el mismo tiene encomendadas en virtud de la Carta de las Naciones Unidas y, por tanto, una violación de la misma. El Consejo de Seguridad no debe asumir funciones que lo asimilarían al Ministerio Fiscal, menos aún si tenemos en cuenta que estaríamos ante la acusación no a Estados, sino a individuos cuyas conductas, por execrables y dignas de sanción que sean, no pueden poner en peligro la paz y la seguridad de la humanidad.
- 8. Por otra parte, la posibilidad de que el Consejo de Seguridad pueda someter casos al tribunal penal internacional está en contradicción con el derecho del país correspondiente a decidir libremente si debe someter el caso a la jurisdicción nacional o a la internacional, lo que va en detrimento del carácter voluntario que implica la creación del tribunal por medio de un tratado. Esto vulneraría, por tanto, el principio de soberanía.
- 9. El Gobierno cubano confía en que al analizar nuevamente el tema, la Comisión de Derecho Internacional tendrá debidamente en cuenta la reticencia demostrada por una gran parte de la comunidad internacional en cuanto al papel que pudiera desempeñar el Consejo de Seguridad en la propuesta presentada por la Comisión de Derecho Internacional, lo que quedó evidenciado durante el debate del proyecto de estatuto en la Sexta Comisión en el cuadragésimo octavo período de sesiones de la Asamblea General¹.

Dinamarca

[Véase Países nórdicos]

Eslovenia

[Original: inglés] [28 de febrero de 1994]

- 1. La República de Eslovenia apoya la creación de un tribunal penal internacional que cuente con un estatuto como documento constitutivo. Ello no exigiría la forzosa modificación de la Carta de las Naciones Unidas. Eslovenia es partidaria de que el tribunal quede vinculado a las Naciones Unidas, aunque sin ser uno de sus órganos. En consecuencia, la República de Eslovenia está de acuerdo con la composición del tribunal que se prevé en el proyecto de estatuto, incluida la creación de la Fiscalía como órgano separado de la Corte.
- 2. Por lo que respecta al reglamento del tribunal, previsto en el artículo 19 del proyecto de estatuto, la República de Eslovenia es partidaria de que las normas básicas sobre la práctica de la prueba que han de aplicarse en los procesos no se regulen en el reglamento del tribunal, sino en su estatuto, lo que coincide con la posición expresada por algunos miembros del Grupo de Trabajo. La Fiscalía se debe regir por su propio reglamento interno para garantizar su total independencia respecto de la Corte.
- 3. La República de Eslovenia considera que la segunda parte, relativa a la competencia y al derecho aplicable, es la parte fundamental del actual proyecto de estatuto. En principio, la República de Eslovenia está de acuerdo con el criterio adoptado en el artículo 22, en el que se atribuye a la Corte una competencia *ratione materiae* para enjuiciar los crímenes que se tipifican en una enumeración de tratados. Ese es el mejor modo de garantizar la observancia del principio *nullum crimen sine lege*.
- Además, la República de Eslovenia observa con satisfacción que, entre los crímenes que figuran en el artículo 22 del actual proyecto, se incluyen las infracciones graves al Protocolo adicional I de 8 de junio de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. Es cierto que los dos Protocolos adicionales de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949 no han sido universalmente aceptados, a diferencia de los Convenios propiamente dichos. No obstante, ya han sido ratificados por dos tercios de los Estados y puede ser que pronto pasen a ser considerados fuente consuetudinaria del derecho internacional humanitario, si es que ya no lo son. En consecuencia, no es convincente la opinión manifestada en el comentario del Grupo de Trabajo de que el Protocolo adicional II de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a los conflictos armados no internacionales, no se incluyó en el artículo 22 porque no contenía ninguna disposición relativa a infracciones graves. En el Título II del Protocolo adicional II figuran disposiciones muy claras sobre los actos que están y estarán prohibidos, cualquiera que sea el momento y el lugar en que se realicen, actos estos que se pueden considerar prima facie como graves infracciones al derecho humanitario. Los redactores del proyecto de estatuto del tribunal penal internacional

¹ Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, sesiones 17.ª a 28.ª.

deben tener presente que la violación brutal y a gran escala del derecho humanitario y de los derechos humanos constituye una de las características más destacadas de los conflictos armados no internacionales.

- 5. El Grupo de Trabajo decidió incluir en la primera norma de la competencia ratione materiae de la Corte las convenciones antiterroristas de carácter universal en las que se tipifican actos terroristas concretos como crímenes graves y se obliga a los Estados Partes a actuar con arreglo al principio aut dedere aut judicare.
- A este respecto, la República de Eslovenia sugiere al Grupo de Trabajo que examine de nuevo si los crímenes de terrorismo internacional se pueden considerar al mismo nivel que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, habida cuenta de su gravedad. Se pueden establecer algunas diferencias jurídicas entre ambos grupos de crímenes. Es preciso tener en cuenta que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad más graves son imprescriptibles, tal como se estipula en los Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg y en la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad. En segundo lugar, los crímenes de terrorismo se deben considerar como delitos comunes en la legislación interna con objeto de que les sean aplicables los acuerdos bilaterales de extradición vigentes. Por otra parte, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad se han de enjuiciar por los tribunales internos sobre la base del principio de la universalidad.
- 7. La enumeración de convenciones antiterroristas se puede complementar con el Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional, complementario del Convenio de Montreal para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, que hace extensivo el Convenio a los actos de terrorismo que se cometan en los aeropuertos civiles internacionales.
- 8. En principio, la República de Eslovenia está de acuerdo en que el tribunal penal internacional tenga competencia para enjuiciar los crímenes relacionados con los estupefacientes; no obstante, el Grupo de Trabajo debe examinar de nuevo la cuestión de si esos crímenes han de seguir estando incluidos dentro del grupo de crímenes respecto de los que se exige una aceptación especial de la competencia de la Corte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26. En su calidad de Estado Parte en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la República de Eslovenia considera que esa Convención también debe figurar entre los tratados respecto de los que tiene competencia la Corte. Suponiendo la aceptación por los Estados de la competencia de la Corte para el enjuiciamiento de los crímenes enumerados en el artículo 22, la República de Eslovenia es partidaria del sistema de «aceptación selectiva», en cuya virtud los Estados Partes en el estatuto no confieren automáticamente esa competencia, sino que es

preciso que formulen una declaración especial de aceptación.

- 9. Como muchos otros Estados Miembros de las Naciones Unidas, la República de Eslovenia ha de formular una reserva respecto de la competencia territorial de la Corte para enjuiciar a nacionales de Eslovenia, ya que la Constitución del país no permite su entrega para ponerlos a disposición de un tribunal extranjero.
- En lo concerniente a la segunda norma de competencia ratione materiae de la Corte, establecida en el artículo 26, en el que se exige una aceptación especial de la competencia, la República de Eslovenia no puede aceptar la opinión del Grupo de Trabajo de que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad que no se tipifican en la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio ni en los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo adicional I, se separen de los crímenes indicados en esos instrumentos y se sometan al régimen de aceptación especial de competencia. Ciertamente el Grupo de Trabajo tuvo en cuenta crímenes internacionales que se basaban en el derecho internacional consuetudinario, como el Convenio relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre y sus reglamentos anexos, el Estatuto del Tribunal Internacional Militar de Nuremberg, anexo al Acuerdo de Londres², y el artículo 3 común de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, que son instrumentos que se aplican a los conflictos armados internacionales. En este caso, la Comisión de Derecho Internacional debería adoptar el criterio del Estatuto del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991, el cual tiene una competencia ratione materiae ilimitada para enjuiciar esos crímenes.
- 11. A juicio de la República de Eslovenia, la determinación por el Consejo de Seguridad de que se ha cometido un acto de agresión, según se prevé en el artículo 27 del actual proyecto de estatuto, está en contradicción con el principio de la independencia del poder judicial y debe ser objeto de un examen más detenido por parte del Grupo de Trabajo.
- 12. Eslovenia considera que la disposición relativa al derecho aplicable que figura en el artículo 28 no garantiza suficientemente la aplicación del principio *nullum crimen sine lege* y, en consecuencia, debe ser objeto de un examen más detenido.
- 13. En relación con la competencia *ratione personae*, la futura Corte tendrá competencia sobre las personas físicas por su responsabilidad penal individual. A este respecto, la República de Eslovenia considera necesario que se precise más el proyecto de estatuto en lo relativo a la responsabilidad de los funcionarios públicos, los crímenes cometidos por orden de un superior y otras cuestiones conexas.

¹ Véase Documentos Oficiales de la Asamblea General, quinto período de sesiones, Suplemento № 12 (A/1316), párrs 95 a 127, texto reproducido en Anuario 1985, vol II (segunda parte), pág 12, párr 45

² Acuerdo en relación con el procesamiento y castigo de los grandes criminales de guerra de las Potencias europeas del Eje, de 8 de agosto de 1945 (Naciones Umdas, *Recueil des Traités*, vol 82, pág 279, véase especialmente pág 289)

- 14. A juicio de la República de Eslovenia, una de las cuestiones fundamentales que se plantean en relación con el funcionamiento eficaz de un sistema judicial internacional es el modo de poner a disposición de la Corte al presunto culpable o a la persona inculpada de la comisión de un crimen. A este respecto, es de destacar que la Constitución de la República de Eslovenia no permite los juicios en rebeldía.
- 15. Hasta la celebración del juicio, se deben observar las normas sobre procedimiento del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La República de Eslovenia sugiere que se preste más atención a las víctimas y a los testigos que depongan ante la Corte.
- 16. Por lo que respecta a las penas aplicables, la República de Eslovenia observa con satisfacción que no se prevé la pena capital, cuya imposición está prohibida en la Constitución de Eslovenia. En el ordenamiento jurídico de la República de Eslovenia tampoco se prevé la pena de cadena perpetua, que en el estatuto se debería sustituir por una pena máxima fija de privación de libertad, cuya duración debería establecerse.
- 17. La edad del autor de un crimen internacional no se puede tener únicamente en cuenta como circunstancia agravante o atenuante. El Grupo de Trabajo debe decidir si los inculpados menores de edad, es decir los menores de 18 años según normas internacionales ampliamente reconocidas, podrán ser enjuiciados por la Corte.
- 18. La República de Eslovenia no se opone a que el Fiscal también pueda presentar un recurso o que solicite la revisión del fallo de la Corte. No obstante, en caso de que se concedan esas facultades al Fiscal, es preciso que en el estatuto del tribunal se explique con detalle cuándo se podrá revisar la sentencia y si, en esos casos, se podrá emitir un fallo más desfavorable para el inculpado.
- 19. Por último, la República de Eslovenia sugiere que la Comisión de Dcrecho Internacional continúe ocupándose del proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional con carácter de urgencia.

España

[Original: español] [25 de enero de 1994]

OBSERVACIONES GENERALES

1. El Gobierno de España es firme partidario de la creación de un tribunal penal internacional con competencia genérica para el castigo de los crímenes internacionales. La existencia de tal tribunal es, cada vez más, una necesidad tanto ética como política sentida por la comunidad internacional.

Observaciones respecto de algunos artículos

- 2. No hay duda de que una estrecha relación del tribunal con las Naciones Unidas es necesaria, tanto por razones prácticas como de autoridad moral. Por ello, parecería lo más adecuado que el estatuto se adoptase en una conferencia internacional convocada bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Además, para establecer debidamente la relación del tribunal con la ONU, deberían hacerse las oportunas referencias a esta última en el preámbulo y articulado del estatuto del tribunal. Todo ello sería sin perjuicio de la posible adopción de un acuerdo de cooperación que formalizase, e incluso reforzase, tal relación.
- 3. Otra cuestión íntimamente relacionada con la anterior es la de las ratificaciones o adhesiones necesarias al futuro tratado constitutivo del tribunal para la entrada en vigor del estatuto. El Gobierno de España es de la opinión de que el número de ratificaciones no debería ser ni excesivamente bajo, pues ello privaría al tribunal de la representatividad necesaria, ni demasiado alto, con objeto de no demorar indebidamente el comienzo de las funciones del tribunal.
- 4. De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 22, 23 y 24 del proyecto presentado por el Grupo de Trabajo de 1993, la competencia de la Corte no sería obligatoria, sino voluntaria. Desde una perspectiva ideal, no hay duda de que lo deseable sería la jurisdicción obligatoria; sin embargo, hasta que esto sea realizable, el Gobierno de España encuentra el sistema reflejado en el proyecto perfectamente aceptable.
- 5. Dada la importancia de esta cuestión, el Gobierno español estima que, no existiendo un código de crímenes internacionales, el artículo 22 (Lista de los crímenes definidos por tratados) parece aceptable, especialmente si se lo relaciona con el artículo 21 (Revisión del Estatuto) que prevé la revisión de la lista de crímenes.
- 6. En el artículo 23 (Aceptación por los Estados de la competencia de la Corte para el enjuiciamiento de los crímenes enumerados en el artículo 22), de las tres alternativas presentadas, España apoya la alternativa B, que recoge, sin acentuarlo de forma excesiva, el carácter voluntario de la competencia.
- 7. El artículo 25 (Asuntos sometidos a la Corte por el Consejo de Seguridad) es aceptable, en el entendido de que, más que contra individuos, iría dirigido a la denuncia de situaciones generales y supondría quizá una buena alternativa a la creación de tribunales especiales.
- 8. En cambio, el artículo 27 (Imputación de un acto de agresión) debería ser examinado más a fondo, pues en su redacción actual, además de contradecir en alguna medida la limitación de la competencia *ratione materiae* del tribunal a las personas físicas, induce a un cierto grado de confusión en relación con el crimen de agresión.
- 9. El Gobierno de España considera que el artículo 44 (Derechos del acusado), que en su apartado h del párrafo 1 trata del juicio en rebeldía, recoge una fórmula de equilibrio entre las razones a favor y en contra de esa figura, al excluir en principio tal posibilidad, admitiéndose de forma excepcional en aquellos casos en que la

Corte, después de oídas las alegaciones y practicadas las pruebas necesarias, determinase que la ausencia del acusado fuera intencionada. En esa eventualidad, y para garantizar una plena protección de los derechos del acusado, sería recomendable que se previese la celebración de un nuevo juicio en caso de la posterior comparecencia del acusado ante la Corte.

- 10. Al Gobierno de España le preocupa el párrafo 2 del artículo 53 (Penas aplicables), pues no parece respetar plenamente el principio de legalidad de las penas (nulla poena sine lege). Si no se quiere contravenir lo establecido en el párrafo 1 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dice: «Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito», habrá de preverse, no la facultad, sino el deber de la Sala, a la hora de determinar la duración de una pena privativa de libertad o la cuantía de una multa, de tener en cuenta las sanciones previstas en las legislaciones nacionales indicadas en los apartados a, b y c del párrafo 2 del artículo 53.
- 11. En cuanto a los *recursos*, el Gobierno de España estima que deben preverse los de apelación y de revisión.
- 12. Además del condenado, también el Fiscal debería estar capacitado para interponer tanto el recurso de apelación como el de revisión, por lo que sería necesario suprimir los corchetes de los artículos 55 y 57.

Estados Unidos de América

[Original: inglés] [2 de junio de 1994]

OBSERVACIONES GENERALES

- 1. Los Estados Unidos de América desean expresar su agradecimiento al Grupo de Trabajo de 1993 de la CDI por los impresionantes esfuerzos desplegados que permiten a los gobiernos tener ante sí un documento que proporciona una base útil para examinar las complejidades del tema.
- 2. Estas observaciones son necesariamente de carácter preliminar, y el Gobierno de los Estados Unidos tal vez proporcione más opiniones en el futuro. El hecho de no referirse a algún aspecto del proyecto de estatuto, sin embargo, no significa que los Estados Unidos apoyen o no la formulación específica propuesta por la CDI.
- 3. Aunque el informe del Grupo de Trabajo aborda muchas de las preocupaciones compartidas por los Estados Unidos y otras naciones en cuanto a la creación de un tribunal penal internacional, subsisten varios problemas importantes. Creemos que, de no corregirse estas carencias, dicho tribunal no aportará la contribución al orden mundial que la Comisión contempla. Por consiguiente, es importante que la CDI tenga en cuenta las opiniones de los Estados mientras continúa su esfuerzo por crear un estatuto que parta de los procesos judiciales nacionales e internacionales existentes, pero no los sustituya.

- 4. El Gobierno de los Estados Unidos pide a la CDI que, mientras continúa sus deliberaciones, tome en cuenta las consideraciones siguientes:
- a) El tribunal penal internacional debería concebirse como un mecanismo complementario, que no compita con el sistema de aplicación de la ley actualmente existente y en funcionamiento. Es decir, que debería estar expresamente destinado a aquellos casos en que los Estados interesados consideren necesaria este tipo de instancia, presuntamente porque ninguna otra instancia servirá para este fin;
- b) El estatuto debe reflejar un consenso entre los Estados. Si no hay tal consenso, el tratado resultante no obtendrá aceptación suficiente de los Estados, y este importante esfuerzo fracasará;
- c) En consonancia con la necesidad de consenso, es necesario evitar cualquier nexo entre la propuesta de crear un tribunal penal internacional y el desarrollo del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Hasta el momento el código de crímenes es un documento sumamente polémico e imperfecto. Mientras siga siendo así, no puede constituir la base de la competencia de un tribunal internacional;
- d) Las necesidades presupuestarias y administrativas del tribunal deben tratarse con gran cuidado. El tribunal puede ser una institución sumamente cara, especialmente si en algún momento se utiliza para largas investigaciones o para más que un número limitado de casos.
- 5. Las reglas de la prueba y las normas de procedimiento del tribunal deberían concertarse entre los Estados Partes y formularse juntamente con el Estatuto, y no dejarse a la discreción del tribunal. En muchos casos, el contenido de esas reglas puede ser tan importante como el del propio estatuto. Una de las razones de esto es que esas reglas tienen un importante influjo en los derechos de los acusados y, por tanto, deben estar en consonancia con las normas pertinentes en materia de derechos humanos y de garantías procesales.

OBSERVACIONES SOBRE ALGUNOS ARTÍCULOS

PRIMERA PARTE (CREACIÓN Y COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL)

Artículo 1 (Creación del Tribunal)

6. Los Estados Unidos apoyan el planteamiento del Grupo de Trabajo de 1993 que propone crear el tribunal mediante un tratado multilateral, que obligue a los Estados que decidan ser partes en el instrumento.

Artículo 2 (Relación entre el Tribunal y las Naciones Unidas)

7. Los Estados Unidos creen que el tribunal no debería crearse como órgano de las Naciones Unidas, lo que entrañaría la compleja tarea de enmendar la Carta, pero debería tener una clara relación con las Naciones Unidas. Un acuerdo entre las Naciones Unidas y el tribunal sería

deseable, ya que facilitaría la cooperación. Esto es particularmente importante, como se señala en el comentario, dado que una parte de la jurisdicción del tribunal puede depender de decisiones del Consejo de Seguridad. Una manera apropiada de establecer esa relación sería que las Naciones Unidas y el tribunal propuesto concertaran un acuerdo, siguiendo el modelo de los acuerdos concertados entre las Naciones Unidas y los organismos especializados, con arreglo a los Artículos 57 y 63 de la Carta de las Naciones Unidas.

8. Los Estados Unidos estiman que el estatuto debería incluir un mecanismo adecuado para la «ratificación» por los Estados Partes de las principales decisiones del tribunal que tengan consecuencias financieras o de organización. Esto podría lograrse incluyendo en el estatuto un artículo que prevea qué cuestiones específicas se someterán a los Estados Partes.

Articulo 3 (Sede del Tribunal)

9. Esta cuestión podría resolverse en la convención que establezca el tribunal. Otra posibilidad es que la resolución de la cuestión se someta a la aprobación de la mayoría de los Estados Partes.

Artículo 4 (Condición jurídica del Tribunal)

10. Los Estados Unidos comparten la opinión de que, por razones presupuestarias, el tribunal debería constituirse sólo cuando tenga que tramitar asuntos. No creemos que este resultado signifique que el tribunal carezca del necesario grado de permanencia o autoridad para cumplir su misión. En la actual fase, los Estados no están en condiciones de predecir el nivel de actividad del tribunal. Requerir que el tribunal propuesto actúe en sesión permanente privaría a la institución de la necesaria flexibilidad e impondría a los Estados Partes costos innecesarios.

Artículo 6 (Condiciones que han de reunir los jueces)

11. El estatuto debería distinguir entre las calificaciones de los jueces de la Sala de Primera Instancia y los de la Sala de Apelaciones. Los primeros deberían tener experiencia en juicios penales. Aunque convendría que los jueces de la Sala de Apelaciones tuvieran experiencia en apelaciones de causas penales, dado el carácter jurídico internacional del tribunal, tal vez no sea necesario exigir esa experiencia cuando la persona disponga de algún otro tipo de experiencia pertinente.

Artículo 7 (Elección de los jueces)

12. Los Estados Unidos creen firmemente que la función del juez de apelación debe ser independiente de la del juez de primera instancia, a fin de asegurar que el procedimiento de apelación sea pleno y equitativo. Por consiguiente, proponemos que los jueces se elijan separadamente para estas dos funciones. Los candidatos a cargos de jueces probablemente tendrán más experiencia en una u otra función y por tanto la votación separada asegu-

rará a los Estados Partes que su especialización relativa se aproveche debidamente.

- 13. Los Estados Unidos reservan su opinión sobre si 18 jueces es un número adecuado. Mucho dependerá de cuántos casos reciba el tribunal, según el pronóstico de los Estados Partes, y de las necesidades presupuestarias generales del mismo.
- 14. Los jueces deberán ser elegidos por los Estados Partes.

Artículo 9 (Independencia de los jueces)

- 15. El reglamento del tribunal deberá incluir una regulación específica de la función judicial y tendrá que establecer un debido equilibrio entre permitir que se ganen la vida los jueces de tiempo parcial y la necesidad de proteger la integridad de los jueces y del tribunal, tanto en las apariencias como en los hechos. Por ejemplo, debería permitirse a los jueces la enseñanza o la práctica del derecho (aunque no puedan aceptar casos que se refieran a cuestiones sometidas al tribunal o que por otro concepto sean incompatibles con las normas del tribunal en materia de conflicto de intereses). Los jueces no deberían participar en los gobiernos como miembros del poder ejecutivo o del poder legislativo. El problema de si podrían ser jueces en los tribunales nacionales es un aspecto que debería explorarse.
- 16. Una razón importante para que las reglas de función se especifiquen de antemano es que los candidatos a jueces tal vez no se postulen si no pueden predecir cómo se verán afectadas sus actividades exteriores y sus ingresos.

Articulo 10 (Elección y funciones del Presidente y los Vicepresidentes)

17. Los Estados Partes, y no los jueces, deberían elegir al Presidente y a los Vicepresidentes.

Artículo 11 (Recusación de los jueces)

- 18. Los Estados Unidos consideran que no hay motivos para limitar el número de jueces cuya recusación pueda solicitar un acusado. No debería plantear dificultades la tramitación de esas recusaciones en el procedimiento ordinario. El Fiscal debería también tener derecho a solicitar la recusación de un juez. Los demás jueces también deberían tener este derecho. En vez de dejar a la Sala, o a la Sala complementada por la Junta de Gobierno, la decisión sobre esta cuestión, sería preferible que lo hiciera el tribunal en pleno. La decisión definitiva debería adoptarse por el voto de la mayoría, y esta mayoría debería estar formada por más de la mitad de los jueces habilitados presentes y votantes.
- 19. En algunas circunstancias los Estados Partes pueden tener información concerniente a un juez que podría dar motivo a su recusación. En tal caso, debería haber un procedimiento que permitiera a dichos Estados Partes presentar un pedido a la Corte a fin de que la cuestión sea examinada por la Sala afectada.

Artículo 12 (Nombramiento y funciones del Secretario)

- 20. El estatuto debería prever la posibilidad de que el Secretario pueda ser destituido con causa, mediante el voto de la mayoría de la Corte. Un mandato de siete años parece un tanto largo para este tipo de cargo y sugerimos que un período de cinco años sería más apropiado, particularmente teniendo en cuenta la posibilidad de reelección.
- 21. El tribunal debería disponer como recurso complementario de una pequeña plantilla de personal profesional, que los Estados Partes podrían decidir ampliar de ser necesario. Este principio básico debería aplicarse tanto a la Secretaría como a la Fiscalía.
- 22. El número de empleados de la Secretaría y su presupuesto deberían estar sujetos a la aprobación de los Estados Partes. Tal como figura en el proyecto, la Junta de Gobierno podría autorizar un número ilimitado de funcionarios adicionales, que presuntamente habrían de ser pagados con cargo a las contribuciones de los Estados Partes. En vez de ello, el Secretario debería presentar al Presidente del tribunal, anualmente o con más frecuencia, una relación detallada de las actividades, junto con un proyecto sobre los cambios en los gastos para el siguiente período. El Presidente sometería la propuesta correspondiente a los Estados Partes, basada en el proyecto del Secretario.

Artículo 13 (Composición, funciones y atribuciones de la Fiscalía)

- 23. El Gobierno de los Estados Unidos acepta la propuesta del Grupo de Trabajo de que el Fiscal y el Fiscal Adjunto sean elegidos por los Estados Partes. Esta elección debería requerir el voto de una mayoría calificada, por ejemplo el voto afirmativo de dos tercios de los Estados Partes.
- 24. Sin que ello afecte a su independencia básica, los Estados Partes deberían tener la facultad de supervisar el presupuesto de la Fiscalía. En consecuencia, lo mismo que la Secretaría, la Fiscalía debería elaborar periódicamente propuestas presupuestarias para su aprobación por los Estados Partes.

Artículo 15 (Separación del cargo)

- 25. El estatuto debería prever, en este artículo o en otro, que los jueces, el Fiscal o el Fiscal Adjunto y el Secretario pueden ser separados o suspendidos del cargo por su incapacidad para desempeñar sus funciones a causa de una enfermedad de larga duración o de invalidez.
- 26. Dada la importancia asignada a la independencia del Fiscal, dudamos que la Corte deba tener la facultad de separar del cargo al Fiscal o al Fiscal Adjunto. Por tanto, el Gobierno de los Estados Unidos sugiere que el estatuto limite la facultad de la Corte a impedir la participación de un fiscal en un caso determinado por razones justificadas, pero dejando la separación del cargo del Fiscal o del Fiscal Adjunto a la decisión de una mayoría calificada de los Estados Partes. La Comisión de Derecho Internacional

tendrá que idear procedimientos para que los Estados Partes puedan examinar rápidamente las cuestiones que les atañen y para las votaciones.

Artículo 16 (Privilegios e inmunidades)

- 27. Esta disposición debería revisarse de forma que disponga claramente, y sin referencia a las normas utilizadas por otras instituciones, los privilegios e inmunidades de personas determinadas o de categorías de personas. En consecuencia, los Estados Unidos sugieren que los jueces y el Fiscal (y tal vez el Fiscal Adjunto) gocen de plena inmunidad diplomática mientras se encuentren en el territorio de cualquier Estado Parte en el que estén desempeñando funciones oficiales relacionadas con el trabajo del tribunal. Deberían concederse privilegios e inmunidades plenos al Fiscal, ya que probablemente adoptará el tipo de decisiones polémicas que requieren esa protección. Todas las demás categorías de personas enunciadas en el estatuto deberían gozar de los privilegios e inmunidades previstos para el personal administrativo y técnico en la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas mientras se encuentren en el territorio de un Estado Parte en el desempeño de funciones oficiales relacionadas con el trabajo del tribunal.
- 28. Debería seguir estudiándose la cuestión de quién debe poder suspender las inmunidades. La persona autorizada para suspender la inmunidad debería normalmente ser alguien con autoridad directa sobre la persona cuya inmunidad esté afectada. Por lo tanto, sería apropiado que el Fiscal pudiera suspender la inmunidad de otros miembros de la Fiscalía, que el Presidente pudiera hacerlo (tal vez en consulta con los otros jueces de la Corte) con respecto al personal de la Corte, la Secretaría y su personal, y con respecto a los abogados, peritos y testigos.

Artículo 17 (Estipendios y gastos)

29. Si los jueces llegan a trabajar con dedicación plena, debería existir un mecanismo transitorio a fin de que el pago de las dietas no supere lo que se pagaría normalmente como sueldo por tiempo completo durante el mismo período.

Artículo 19 (Reglamento del Tribunal)

30. Como se indicó supra (párr. 5), los Estados Unidos consideran que el Reglamento del tribunal debería formularse juntamente con el Estatuto y debería ser acordado por los Estados Partes antes de la creación de aquél. La realización de investigaciones anteriores al juicio, las normas de procedimiento, las reglas relativas a la prueba y otras cuestiones «necesarias» para la aplicación del estatuto pueden tener un efecto decisivo sobre la capacidad del tribunal para conducir las actuaciones de manera aceptable e imparcial. Será sumamente laborioso redactar normas que determinen el funcionamiento del tribunal hasta este punto; pero no debería pedirse a los Estados Partes que dieran su aprobación al tribunal penal internacional a menos que se haya hecho ese esfuerzo y sus resultados hayan obtenido la aprobación general.

Artículo 20 (Reglamento de la Corte)

31. En términos generales, estamos de acuerdo en que la Corte debería tener margen para determinar su propio reglamento interno. No obstante, hay que procurar garantizar que ese reglamento no perjudique a los derechos del acusado. Si el reglamento interior de la Corte no está sujeto a la aprobación previa de los Estados Partes, el estatuto debería establecer que las normas de procedimiento y las reglas relativas a la prueba (que deberían estar sujetas a tal aprobación) tengan primacía sobre el reglamento de la Corte en caso de conflicto.

Artículo 21 (Revisión del Estatuto)

32. Aunque conviene prever una conferencia de revisión, este artículo no debería hacer referencia al código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Como se indicó *supra* (párr. 4, c), ese código es un documento polémico que en el momento actual no puede constituir la base de la jurisdicción de un tribunal penal internacional y es poco probable que lo sea en el próximo futuro.

SEGUNDA PARTE (COMPETENCIA Y DERECHO APLICABLE)

Artículo 22 (Lista de los crímenes definidos por tratados)

- 33. El Gobierno de los Estados Unidos ha examinado con mucha atención los artículos sobre la competencia. Indiscutiblemente constituyen el núcleo de la propuesta de un tribunal penal internacional y deben redactarse con sumo cuidado. Al hacer varias recomendaciones sobre la reestructuración de la competencia del tribunal, se ha tenido presente la necesidad de alcanzar un amplio grado de apoyo para un ambicioso proyecto de esta naturaleza.
 - a) Crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio
- 34. Acontecimientos recientes han mostrado que hay una gran necesidad de asegurar que los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio no queden impunes. Aunque un procedimiento penal internacional no es un substituto eficaz de los sistemas de justicia y de disciplina militar en la mayoría de los casos, hay circunstancias en que los esfuerzos nacionales no bastarán. Por esta razón, esos crímenes son objeto apropiado de la jurisdicción de un tribunal penal internacional. Estos crímenes constituyen una preocupación fundamental para todos los Estados. Aparte del hecho de que esos crímenes puedan ser tan graves que conmuevan la conciencia del mundo civilizado, en gran medida su significado para todos los Estados dimana de que la comisión de tales crímenes puede crear una inestabilidad que amenace a la paz y la seguridad internacionales o de que tales crímenes se cometan en relación con conflictos internacionales. Debido a esta relación con las cuestiones de la paz y la seguridad, los Estados Unidos han llegado a la conclusión de que esos crímenes deberían estar sujetos a la jurisdic-

- ción del tribunal sólo en los casos en que sean remitidos al mismo por el Consejo de Seguridad.
- 35. Al mismo tiempo, esos tipos de casos no deberían ser iniciados ante el tribunal por Estados individuales. El Consejo de Seguridad está en una excelente posición para pronunciarse cuando situaciones concretas son de tanta preocupación para la comunidad internacional que se requiere un procedimiento penal internacional en vez de uno nacional. Además, cabe temer que los Estados tengan la tentación de recurrir a la jurisdicción del tribunal para fines políticos.
- 36. Los Estados Unidos consideran que es apropiado que el tribunal penal internacional tenga jurisdicción sobre delitos bien establecidos previstos en las leyes de la guerra. Dado que algunos aspectos del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 aún no han alcanzado un grado suficiente de reconocimiento y aceptación, los Estados Unidos consideran que las infracciones al Protocolo adicional I no deberían formar parte de la competencia del tribunal. Además, en los conflictos armados, el derecho aplicable surge de tratados en los que todos los beligerantes son partes. El texto de la CDI permitiría a uno de los beligerantes en un futuro conflicto iniciar un procedimiento penal en el tribunal contra miembros de las fuerzas armadas de otro beligerante por violaciones del derecho de la guerra establecido en un instrumento en el que éste no sea parte, y por crímenes que no han sido suficientemente aceptados como crímenes. Debería evitarse este resultado. (Además, como se señala en el párrafo 45 infra, el tribunal no debería tener jurisdicción sobre casos que estén sujetos a un acuerdo vigente sobre el estatuto del personal militar estacionado en territorio extranjero.)
- Dadas estas circunstancias, el Gobierno de los Estados Unidos apoya la creación de un tribunal penal internacional que solo permita al Consejo de Seguridad la remisión de casos para su investigación y juzgamiento, respecto a los crímenes previstos en los instrumentos enumerados en el apartado a y en los incisos i) a iv) del apartado b del artículo 22. Además de las graves violaciones previstas en los Convenios de Ginebra, habría que agregar también las violaciones de gravedad equivalente de los Convenios de La Haya de 1907. En lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad, en ausencia de un instrumento apropiado que defina el crimen, la CDI debería estudiar la posibilidad de elaborar una definición para incluirla en el estatuto, tal vez siguiendo el modelo del artículo 5 del Estatuto del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia. En el contexto de un tribunal penal internacional, la CDI debería poner en claro que no es necesario que los crímenes de lesa humanidad se limiten a los casos resultantes de un conflicto armado o que se produzcan durante éste.
 - b) Los crímenes previstos en las convenciones contra el «terrorismo»
- 38. El Gobierno de los Estados Unidos reconoce también que, en principio, podría ser conveniente, en algunos casos, disponer de una jurisdicción para proceder contra las personas que cometan los crímenes previstos en las

convenciones enumeradas en los párrafos c, d, f, g y h del artículo 22, cuando los tribunales nacionales no puedan hacerlo o no basten. Al mismo tiempo, la posibilidad de una jurisdicción del tribunal penal internacional no debería impedir en ningún caso tratar el juzgamiento efectivo de los terroristas por los tribunales nacionales. Desgraciadamente, la propuesta actual presenta este riesgo.

- 39. Pueden surgir muchas dificultades para someter tales casos a un tribunal penal internacional. Entre esas dificultades está la de si un tribunal de esta naturaleza será capaz de efectuar investigaciones de casos terroristas complejos de una manera tan competente como los gobiernos nacionales. Esas investigaciones a veces llevan muchos años y se requieren recursos considerables, recursos que tal vez el Fiscal del tribunal penal internacional no posea. Además, estas pueden terminar compitiendo o sustituyendo a legítimas investigaciones nacionales, o haciendo que las autoridades nacionales dejen al tribunal penal internacional investigaciones que de hecho podrían ser realizadas más eficazmente por esas autoridades.
- 40. Además, los Estados Unidos continúan teniendo varias reservas sobre la creación de una jurisdicción basada en tratados que en muchos aspectos no contienen definiciones precisas de los crímenes, pero que en cambio imponen obligaciones para favorecer el ejercicio de la jurisdicción nacional. Por regla general, elementos importantes de los delitos y de los descargos se dejan a las jurisdicciones nacionales. El estatuto, las reglas relativas a la prueba y las normas de procedimiento tendrán que dar orientación adecuada al tribunal sobre la cuestión de los elementos de los delitos y de los descargos si se quiere que aquél cumpla con las exigencias del principio *nullum crimen sine lege*.
- 41. La CDI y los Estados Miembros tendrán que examinar cuidadosamente si estas dificultades pueden superarse de forma que esté justificada la inclusión del terrorismo dentro de la competencia del tribunal penal internacional. El Gobierno de los Estados Unidos se reserva la opinión sobre si esto es posible, pero espera que la CDI pueda hacer progresos formulando un análisis de las cuestiones planteadas que pueda ayudar a los futuros debates entre los Estados Miembros de las Naciones Unidas.
 - c) Protección de las fuerzas de mantenimiento de la paz
- 42. Los Estados Unidos observan con satisfacción que en las Naciones Unidas se han hecho progresos en la elaboración de una convención sobre la responsabilidad por ataques contra las fuerzas de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas y el personal conexo. Si esa convención llegara a entrar en vigor, debería examinarse la posibilidad de incluir los crímenes previstos en esa convención dentro de la jurisdicción del tribunal penal internacional. La CDI debería examinar los mecanismos para someter rápidamente esos crímenes a la jurisdicción del tribunal una vez que el tratado entre en vigor y que los Estados Partes decidan si desean agregarlo al estatuto.

- d) La Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid
- 43. Los Estados Unidos estiman que el artículo 22 no debería incluir la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid. La Convención se refiere primordialmente a una situación particular, la del sistema de apartheid en Sudáfrica, que ha sido desmantelada. Esta Convención fue controvertida en su adopción y no ha obtenido amplio apoyo en parte porque no era suficientemente precisa en la definición de los crímenes a los que se refiere.

Artículo 23 (Aceptación por los Estados de la competencia de la Corte para el enjuiciamiento de los crímenes enumerados en el artículo 22)

44. En lo que respecta a las opciones previstas en el texto, el Gobierno de los Estados Unidos prefiere la variante B porque es la que mejor refleja, como se indica en el comentario, el hecho de que la competencia del tribunal debe estar basada en el consenso.

Artículo 24 (Competencia de la Corte a tenor del artículo 22)

- 45. Es esencial que el tribunal no venga a sustituir ni socave el actual sistema vigente para hacer cumplir la ley. Por lo tanto, no debería permitirse a los Estados que eludiesen las obligaciones que les imponen los tratados vigentes de extradición remitiendo un caso al tribunal penal internacional. Además, el personal militar que esté sujeto a la jurisdicción de sus tribunales nacionales en razón de un acuerdo sobre el estatuto de fuerzas armadas acantonadas en territorio extranjero o de un acuerdo similar, no debería ser juzgado por el tribunal internacional. La razón más poderosa para crear un tribunal penal internacional es que las personas que cometan los crímenes más graves no queden impunes. Si las personas que podrían ser juzgadas y castigadas por los tribunales nacionales no lo fueran a causa de la intervención del tribunal penal internacional, éste se convertiría en un competidor de aquéllos en lugar de complementarlos.
- 46. Para los procedimientos penales es habitualmente preferible el procedimiento penal nacional. Esto se debe a múltiples razones: el derecho aplicable en un procedimiento penal nacional habitualmente estará claro; el enjuiciamiento será menos complicado y estará basado en reglas y precedentes conocidos; los gastos de Fiscalía y defensa probablemente serán menores; normalmente las pruebas y los testigos podrán obtenerse con más facilidad; se reducirán al mínimo los problemas de idioma; los tribunales locales aplicarán los medios establecidos para obtener la presentación de pruebas y la prestación de testimonios, en particular la aplicación de las normas relativas al perjurio. El procedimiento penal internacional será casi siempre más complicado y más caro que el procedimiento penal nacional, y no necesariamente producirá un resultado más justo.
- 47. En vista de lo cual, es necesario prever un mecanismo adecuado para garantizar que, en lo que respecta a los casos promovidos por los Estados, si los Estados están

dispuestos a promover un procedimiento penal nacional y pueden hacerlo, este procedimiento sea preferido al del tribunal penal internacional. Esta preferencia se reconoce en el octavo informe del Relator Especial sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad¹, que prevé requisitos de consentimiento más amplios que los del texto del Grupo de Trabajo.

- 48. El Gobierno de los Estados Unidos propone que se revise el artículo 26 (Aceptación especial por los Estados de la competencia de la Corte en supuestos no regulados en el artículo 22) de forma que el régimen de consentimiento extremadamente limitado actualmente reflejado en el estatuto se amplíe de forma que incluya a los Estados que tengan un interés decisivo en el procedimiento penal. Específicamente, en lo que respecta a los casos previstos en los apartados c, d, f, g y h del artículo 22, el estatuto debería requerir el consentimiento del Estado en que se cometió el crimen o del Estado de la nacionalidad de la víctima (o en los casos en que las víctimas sean de varias nacionalidades, del Estado o los Estados que tengan un interés más importante). El Estado en que se cometió el crimen en casi todos los casos tendrá jurisdicción sobre el mismo, así como un fuerte interés en el procesamiento de la persona que lo haya cometido. El Estado de la nacionalidad de la víctima frecuentemente, en los casos de terrorismo, será el Estado contra el que se dirigió el ataque; en consecuencia, ese Estado tiene un interés particular en juzgar a las personas acusadas del crimen.
- 49. Los Estados Unidos no se oponen a que se incluya el requisito de que el Estado en cuyo poder se encuentre el presunto culpable tenga el derecho al consentimiento previo. Ahora bien, señalamos que entre los Estados que tienen «interés» en el procedimiento penal, el Estado en cuyo poder se encuentre el presunto culpable no es necesariamente el que tiene el interés más fuerte. En efecto, la presencia del fugitivo en ese Estado puede ser nada más que fortuita. Tradicionalmente, la práctica de la extradición ha dado particular importancia a la función del Estado en que se encuentra el presunto culpable, pero esa importancia tal vez no sea pertinente cuando el objetivo es determinar qué Estados tienen una razón tan poderosa para encargarse ellos mismos del procedimiento penal que su preferencia impida que se encargue del procedimiento el tribunal penal internacional.
- 50. Si el Estado en cuyo poder se encuentra el presunto culpable en alguna circunstancia ejerce el derecho a negarse a entregar al acusado al tribunal penal internacional o el derecho a rehusar el consentimiento para que éste proceda, podrá requerírsele a ese Estado (si tiene jurisdicción sobre el crimen) que someta el caso a sus autoridades competentes para que procedan contra el presunto culpable o que lo entreguen a otro Estado que esté dispuesto a proceder contra él.
- 51. Además, a todo Estado que tenga un acuerdo de extradición con el Estado en cuyo poder se encuentre el presunto culpable, o a todo Estado que pueda pedir la extradición según el derecho interno en materia de extradición del Estado donde se halla el presunto culpable, debería dársele la oportunidad de solicitar la extradición

antes de que el tribunal penal internacional se ocupe del caso. Si el Estado en cuyo poder se encuentra el presunto culpable no está obligado a ello y no se propone conceder la extradición al Estado solicitante (o no está obligado a proceder contra el presunto culpable en virtud de los términos de un tratado de extradición), o si el Estado que haya recibido al fugitivo por vía de extradición, no inicia, por cualquier motivo, el procedimiento penal dentro de un plazo razonable, el tribunal penal internacional podría asumir la jurisdicción sobre el caso.

Artículo 25 (Asuntos sometidos a la Corte por el Consejo de Seguridad)

- 52. Como se indicó en los párrafos 34 y 37 supra, los Estados Unidos creen que sólo el Consejo de Seguridad debería estar facultado para someter al tribunal crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y casos de genocidio. Además, deberían revisarse los artículos 29 y 30 para dejar en claro que no puede iniciarse una investigación y no puede presentarse una denuncia con respecto a esos tipos de casos antes de que el Consejo de Seguridad haya llevado el asunto al tribunal.
- 53. El Gobierno de los Estados Unidos observa con interés la opinión contenida en el comentario según la cual no se espera que habitualmente el Consejo de Seguridad someta «un caso» en el sentido de una denuncia contra individuos, sino que normalmente someterá al tribunal una situación. El Consejo de Seguridad, por regla general, debería remitir situaciones al tribunal, que entonces serán objeto de investigación por la Fiscalía. No obstante, no vemos la razón para que se impida al Consejo de Seguridad, en las circunstancias pertinentes, someter casos específicos al tribunal para que los examine. En esos casos, el Consejo de Seguridad no pediría que se iniciara un procedimiento, sino que sometería un caso que sería asumido por el Fiscal. Si el Fiscal considerara que el caso no entraña conducta criminal, no estaría obligado a solicitar el auto de procesamiento.

Artículo 26 (Aceptación especial por los Estados de la competencia de la Corte en supuestos no regulados en el artículo 22)

54. El Gobierno de los Estados Unidos no apoya que se incluyan dentro la competencia del tribunal penal internacional los crímenes descriptos en el derecho internacional general o los crímenes tipificados en el derecho interno en cumplimiento de disposiciones de tratados multilaterales. El concepto de «crímenes previstos en el derecho internacional general» no está suficientemente definido e invitar a los Estados a iniciar procedimientos penales sobre esa base podría ser contraproducente y equivocado. Como se dijo en el párrafo 37 supra en relación con el artículo 22. los Estados Unidos están dispuestos a incluir dentro de la competencia del tribunal los crímenes contra la humanidad, que es una categoría de crímenes que está suficientemente bien definida en el derecho internacional consuetudinario. También estarían dispuestos a estudiar la propuesta de incluir otras categorías de crímenes particularmente bien definidas en el derecho internacional consuetudinario, si las hubiere, cuando hechos que corres-

Véase Anuario... 1990, vol. II (primera parte), pág. 29, doc. A/CN.4/430 y Add.1, especialmente pág. 39, párr. 84.

pondan a esas categorías de crímenes sean sometidos al tribunal por el Consejo de Seguridad.

55. El Gobierno de los Estados Unidos no apoya la inclusión de crímenes relacionados con las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Como lo han expresado muchos Estados en el debate de la Sexta Comisión, esta Convención no ofrece el nivel de especificidad requerido para constituir la base de acusaciones penales en un tribunal penal internacional. Además, incluso si pudiera remediarse esta carencia, no es seguro que pudiera encontrarse la manera de asegurar, entre otras cosas, que el tribunal conociera sólo de los casos más importantes de tráfico de drogas; en cambio, probablemente el tribunal se vería inundado de casos, con todas las consecuencias que esto supone para sus recursos. El tribunal podría convertirse en un tribunal de estupefacientes con poco tiempo para los demás casos de fundamental importancia para la comunidad mundial.

Artículo 27 (Imputación de un acto de agresión)

56. El Gobierno de los Estados Unidos no apoya el procedimiento penal por la imputación de una agresión, incluso si el Consejo de Seguridad ha decidido previamente que el Estado implicado ha cometido el acto de agresión objeto de la acusación. Aunque el Consejo es el órgano político internacional encargado de trazar la diferencia entre la agresión ilícita y la legítima defensa, creemos que el delito de agresión no está aún suficientemente bien definido en el derecho penal internacional como para servir de base para otorgarle competencia en la materia al tribunal internacional. Además, las acusaciones de agresión comprometen la responsabilidad de Estados y no de individuos. Las recientes dificultades experimentadas para establecer si determinados conflictos armados son internacionales o no, son ejemplos de los problemas que plantea la definición de agresión.

Artículo 28 (Derecho aplicable)

57. Los Estados Unidos están preocupados por la referencia a las «normas y principios de derecho internacional general» así como por las referencias a la «norma aplicable del derecho interno». Ni el estatuto ni el comentario dejan en claro los fines para los que la Corte tenga que referirse a esas fuentes del derecho. A falta de un derecho internacional más desarrollado al que pueda referirse el tribunal, la aplicación de algunos elementos del derecho interno para completar los elementos de los crímenes especificados en los tratados (o las normas de procedimiento y las reglas de la prueba) es inevitable. Por ejemplo, los crímenes previstos en los tratados enumerados en el estatuto normalmente serían interpretados por los tribunales nacionales en conexión con los principios jurídicos del derecho interno y frecuentemente de conformidad con la legislación interna que define los elementos de los crímenes, los descargos y otras cuestiones. Sin embargo, esta falta de un derecho internacional más detallado plantea graves cuestiones y suscita serias preocupaciones.

Los Estados Unidos prefieren que se elaboren, junto con el estatuto, principios jurídicos suplementarios para la Corte.

- 58. Si es necesario referirse al derecho interno, ¿qué derecho habrá de aplicarse, el derecho del Estado en que se cometió el crimen, el derecho del Estado de la nacionalidad del inculpado o el derecho del Estado en que éste se encuentre? ¿El tribunal tendrá que consultar las leyes de todos los Estados sobre la cuestión y extraer los principios generales, como se dice en el Artículo 38, apartado c del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia? La CDI tendrá que seguir analizando estas cuestiones.
- 59. Por último, a menos que se establezcan reglas en el estatuto, existe una superposición de funciones entre la Corte Internacional de Justicia y el tribunal penal internacional propuesto, en lo que respecta a la competencia para la interpretación y aplicación de las disposiciones de muchos de los tratados que se incluirían en el estatuto. Por consiguiente, es posible que los dos tribunales opinen sobre cuestiones idénticas o similares. Naturalmente, las partes en el estatuto pueden acordar entre ellas someter tales cuestiones sólo al tribunal penal internacional, pero esto no impediría que otros Estados sometieran las mismas o similares a la Corte Internacional de Justicia.

TERCERA PARTE (ÎNSTRUCCIÓN E INICIO DEL PROCESO PENAL)

Artículo 29 (Denuncia)

- 60. No debería permitirse a los Estados que elijan y decidan cuándo estarán sujetos a las obligaciones generales del estatuto. Esto sería particularmente inadecuado si un Estado no parte pudiera someter un caso al tribunal penal internacional, pero no estuviera obligado a cooperar con éste en lo relativo a la asistencia jurídica, de conformidad con el estatuto. Además, los Estados Unidos se oponen a dar a los Estados no partes el derecho a someter casos al tribunal. Sólo los Estados que paguen por el funcionamiento del tribunal penal internacional deberían poder actuar como denunciantes.
- 61. Como se indicó en los párrafos 34 y 37 *supra*, el Gobierno de los Estados Unidos considera que sólo debería permitirse al Consejo de Seguridad someter al tribunal penal internacional casos que conciernan a crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y al delito de genocidio. Por consiguiente, ninguna denuncia relativa a crímenes previstos en los instrumentos enumerados en el apartado *a* y en los incisos i) a iv) del apartado *b* del artículo 22 debería ser aceptada por el tribunal penal internacional, a menos que la presente el Consejo.
- 62. El estatuto debería establecer alguna especie de límite o umbral que indique, si no determine, la competencia antes de que comience la investigación, en vez de esperar a que la cuestión se plantee, en virtud del artículo 38 (Cuestiones de competencia), la víspera del juicio. Como mínimo, debería requerirse que el Estado denunciante aportara una prueba sobre la cuestión de la competencia y que el Fiscal o la Corte pudieran declinar o delegar la competencia, si se ha demostrado que la

incompetencia del tribunal es manifiesta. A fin de evitar malgastar los recursos de investigación, a todos los Estados interesados que, de conformidad con el estatuto, tienen derecho a rehusar la competencia de la Corte (y de esta manera poner fin a un procedimiento penal) debería requerírseles que en una fase inicial especificada optaran entre una decisión irrevocable o provisional, sin perjuicio del derecho del inculpado a impugnar la competencia de la Corte. Además, debe darse a los Estados un plazo razonable para que adopten una decisión sobre la aceptación.

63. Hay que examinar detenidamente el papel y la función de la Junta de Gobierno, especialmente en lo que respecta a la medida en que desempeñará funciones judiciales, que de otra forma serían sometidas a una Sala de la Corte. Un miembro del Grupo de Trabajo sugirió la posibilidad de establecer una «Sala de acusación» (véase el párrafo 6 del comentario al artículo 29). El párrafo 1 del artículo 30 (Instrucción y petición de procesamiento) estipula que la Junta de Gobierno puede ordenar al Fiscal que inicie el procedimiento penal que ha declinado y el párrafo 2 del artículo 32 (Procesamiento) indica que la Junta de Gobierno determina si existen o no motivos suficientes para el procesamiento. Conferir a la Corte, en virtud del párrafo 1 del artículo 30, la facultad de incoar un procedimiento puede constituir una vulneración de la independencia del Fiscal. Sería preferible limitar, a este respecto, la atribución de la Corte a requerir que el Fiscal reexamine la cuestión.

Artículo 30 (Instrucción y petición de procesamiento)

- 64. Para evitar la posibilidad de que se abuse de las facultades investigadoras de la Corte y se malgasten sus recursos financieros y de personal, el criterio para decidir no investigar un caso (formulado en este artículo con la frase «a menos que [el Fiscal] no encuentre fundamento para promover la intervención de la Corte») debería ser menos exigente. Además, debería preverse, en el caso de que el Fiscal no promueva la acción, la conservación de la información y las pruebas, para su posible uso futuro.
- 65. El párrafo 2 dispone que el Fiscal tendrá la facultad de pedir la comparecencia de determinadas personas y la presentación de documentos. La obligación de los Estados de cooperar con la Corte, por ejemplo en lo que respecta a las órdenes de comunicación de información o presentación de documentos o piezas de convicción, debería especificarse más claramente tanto en el artículo 30 como en el artículo 58 (Cooperación internacional y asistencia judicial).
- 66. Sería preferible que el derecho de una persona a ser informada, en el momento del interrogatorio, de que es un presunto culpable, se incluya explícitamente en la lista de sus derechos, aunque dicho derecho aparece implícito en el párrafo 4.
- 67. Dado que los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y los casos de genocidio deberán someterse solamente por el Consejo de Seguridad (véanse *supra* las observaciones al artículo 22), este artículo debería redactarse de nuevo para distinguir entre los casos iniciados por los Estados y los iniciados por el Consejo.

Artículo 31 (Inicio del proceso penal)

- 68. El Gobierno de los Estados Unidos propone que se autorice al Fiscal a preparar la petición de procesamiento si considera que hay motivos suficientes para proceder a la inculpación y no, según lo previsto en el estatuto, si resuelve «que existen motivos bastantes para ejercitar la acción penal». Esto está en consonancia con el artículo 32 que requiere que haya motivos suficientes para proceder a la inculpación para la confirmación del procesamiento. El Fiscal deberá preparar la petición de procesamiento sólo cuando crea de buena fe que el procesamiento será confirmado por la Corte.
- 69. Además de la información requerida en el párrafo, la petición de procesamiento deberá especificar los presuntos hechos que configuran los elementos del delito. Deberá también incluir una declaración de las razones en que se basa su competencia. Debería aclararse la norma relativa a la detención provisional («haber motivos bastantes para creer»). Esta expresión parece el equivalente de la noción de «causa probable» (que es el criterio utilizado en los Estados Unidos), pero es difícil determinar si es así
- 70. El estatuto deja a la discreción de la Corte el período de detención provisional. Muchos sistemas judiciales, los artículos relativos a la prisión provisional en los tratados de extradición y las normas internacionales de derechos humanos (por ejemplo el párrafo 3 del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) permiten la detención durante un plazo determinado o durante un plazo «razonable». Si el Fiscal no puede pedir pronto el procesamiento, es decir no puede demostrar la existencia de indicios razonables de criminalidad, queda abierta la cuestión de la conveniencia de un período largo de detención. En consecuencia, debería revisarse el artículo 31, de forma que permitiera la detención provisional durante un plazo «razonable».

Artículo 32 (Procesamiento)

- 71. El Gobierno de los Estados Unidos cuestiona que los mismos jueces que han confirmado el procesamiento puedan ser los que intervengan en la causa y en la apelación. El estatuto o el reglamento deberían prever la posibilidad de modificar el auto de procesamiento después que ha sido confirmado, así como el carácter provisionalmente confidencial de la decisión de iniciar el proceso. Es de presumir que la decisión de que existan indicios racionales de criminalidad se basará en un examen de las pruebas presentadas como parte de los «documentos justificativos». En el texto del estatuto no está claro qué hechos deben demostrarse de forma preliminar y cómo la expresión «motivos suficientes» debe ser interpretada.
- 72. A fin de que la Corte ejerza un control sobre la lista de casos del tribunal, debería tener facultades discrecionales, sobre la base de criterios que elabore la CDI, para rehusar el conocimiento de casos promovidos por los Estados, aunque reúnan los requisitos exigidos por el estatuto. Entre esos criterios podrían figurar el que un caso se tramitaría mejor a nivel nacional o no es de gravedad suficiente como para justificar la atención de la Corte.

Artículo 33 (Notificación del auto de procesamiento)

73. Este artículo debe leerse junto con el artículo 58 (Cooperación internacional y asistencia judicial) y el artículo 63 (Entrega de un procesado para ponerlo a disposición del tribunal). El estatuto distingue entre los Estados Partes que han aceptado la competencia del tribunal con respecto de los crímenes de que se trata, a quienes se ordena que notifiquen al procesado y, dado el caso, procedan a su detención, y aquellos Estados Partes que no han aceptado la competencia de la Corte respecto de dichos crímenes, a quienes se pide simplemente que cooperen. En lo que respecta a un Estado que no ha aceptado la competencia del tribunal respecto de los crímenes en cuestión, los Estados Unidos están de acuerdo en que la Corte no debería poder hacer otra cosa que solicitar la cooperación para la notificación de la acusación y la eventual detención del acusado. En el artículo 58 deberían reflejarse limitaciones similares a las obligaciones de los Estados.

Artículo 34 (Designación de colaboradores de la Fiscalía)

74. Dado que el tribunal funcionará sólo para examinar los casos que se le sometan, el Fiscal dispondrá de personal limitado, de modo que deberá estar facultado para designar colaboradores cuando tenga necesidad de ellos. Esto es conveniente también porque el Fiscal probablemente necesitará ayuda en cuestiones relativas al derecho interno. Del texto no se desprende claramente si el artículo se aplica a las investigaciones previas al procesamiento (como debería).

Artículo 35 (Prisión provisional o libertad provisional)

75. El estatuto o el reglamento tienen que abordar lo relativo a las normas para determinar si una persona debe ser puesta en prisión o en libertad provisional bajo fianza con anterioridad al juicio, la duración de la detención y el derecho de revisión. Dado el carácter de los delitos que puede conocer la Corte parece apropiado que se tengan en cuenta tanto el riesgo de huida como la peligrosidad de los presuntos culpables, lo que conducirá frecuentemente a la decisión de no conceder la libertad provisional. El estatuto o reglamento debería especificar además que estas disposiciones se aplicarán también a las actuaciones previas al procesamiento. No parece la mejor solución que el lugar de detención deba limitarse al Estado donde tiene su sede la Corte: si ésta tuviera que conocer de muchos casos al mismo tiempo, esta limitación podría crear dificultades.

CUARTA PARTE (JUICIO)

Artículo 37 (Constitución de Salas)

76. Como se señaló con respecto al artículo 7, debería revisarse el estatuto a fin de distinguir claramente entre los jueces de primera instancia y los de apelación. En cuanto a la cuestión de la composición de las Salas, preferimos la opción de la rotación anual o sobre otra base

periódica entre jueces que deben seleccionarse teniendo en cuenta la necesidad de mantener la misma composición de la Sala que interviene en un asunto determinado. No debería haber rotación entre los jueces de primera instancia y los de apelación.

77. En lo que respecta al párrafo 4, reconocemos que excluir a los jueces que sean nacionales del Estado denunciante o del Estado del que sea nacional el acusado es una cuestión difícil. Aunque eliminar cualquier tacha de parcialidad es un objetivo válido, esta disposición podría excluir de las actuaciones a un experto en un derecho interno que puede ser pertinente. Por tanto, habría que suprimir el párrafo 4.

Artículo 38 (Cuestiones de competencia)

- 78. La declaración de competencia y sus fundamentos deberían incluirse en el auto de procesamiento. También deberían autorizarse las impugnaciones a la competencia anteriores al juicio, al producirse la detención o el auto de procesamiento.
- 79. Los Estados Unidos están de acuerdo en que no es necesario permitir que cualquier Estado Parte impugne la competencia, ya que ello únicamente complicaría el procedimiento. No obstante, creemos que cualquier Estado interesado debe poder plantear esa impugnación al comenzar el procedimiento. Ese Estado podría ser cualquier Estado que invoque el derecho de aceptación con arreglo al estatuto, el Estado del que sea nacional el acusado, el Estado del que sean nacionales las víctimas, el Estado o Estados en que se cometió el crimen y el Estado en que se encuentre el acusado.

Artículo 39 (Funciones de la Sala)

- 80. El estatuto acertadamente autoriza la comunicación de las pruebas al acusado y el intercambio de información entre la defensa y el Fiscal antes del juicio. Esto propicia un juicio más eficaz y aumenta la capacidad del acusado de preparar la defensa. Sin embargo, debería conferirse a la Corte la facultad de dictar medidas precautorias y de otra índole para atender legítimas preocupaciones que puedan surgir sobre el alcance o la naturaleza de las piezas a comunicar. Además, se necesitará un procedimiento para prevenir la divulgación de la información «sensible» que proporcionen los gobiernos (véanse *infra* los comentarios a los artículos 47 y 48).
- 81. En las normas de procedimiento y en las reglas de la prueba deberían darse detalles sobre el procedimiento relativo a las pruebas exculpatorias, las condenas anteriores, la lista de testigos, los descargos y otras cuestiones conexas.
- 82. El párrafo 2 debe leerse en combinación con el artículo 44 (Derechos del acusado). El párrafo 2 dice que la Sala «podrá» ordenar la comunicación a la defensa de las pruebas «teniendo en cuenta» el párrafo 3 del artículo 44. Cabe suponer que esto significa que de hecho la Corte se encargará (es decir estará autorizada para hacerlo) de que se comunique la información exculpatoria, y no solamente que está facultada para hacerlo.

Articulo 40 (Derecho a un juicio imparcial)

- 83. La mención de un juicio «sin dilaciones indebidas» es importante, y podría destacarse en el estatuto o reglamento incluyendo no sólo el requisito explícito de un «juicio rápido» (que encontramos en la disposición del artículo 44 relativa a un juicio «sin dilaciones excesivas», basado en el apartado c del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), sino además estableciendo normas sobre el plazo dentro del cual el juicio normalmente debería celebrarse después de que se haya privado de libertad al acusado.
- 84. Este artículo permite las sesiones a puerta cerrada sólo para proteger a los testigos, pero hay cuestiones más amplias, tales como la necesidad de proteger la información confidencial proporcionada por los gobiernos (véanse *infra* las observaciones a los artículos 47 y 48).
- Articulo 41 [Principio de legalidad (nullum crimen sine lege)]
- 85. El principio *nullum crimen sine lege* es de decisiva importancia. El problema que se plantea es la dificultad de aplicarlo. Observar esta norma crea problemas particulares en lo que respecta a los crímenes previstos por el «derecho internacional general», que en muchos casos carecen de definición precisa y, por tanto, suponen un riesgo para un enjuiciamiento eficaz y equitativo. El tribunal no debe crear formas penales *ad hoc* sobre la base de nociones controvertidas acerca de lo que constituye el derecho internacional consuetudinario o general.

Artículo 43 (Presunción de inocencia)

86. El estatuto no establece criterios de prueba en que basar la declaración de culpabilidad. El comentario sugiere que el criterio de «más allá de toda duda razonable» no será necesariamente la norma. En vez de dejar la cuestión en la incertidumbre, el estatuto debería establecer una norma. Sugerimos que la norma sea estricta, por ejemplo «más allá de toda duda razonable» (cualquiera sea la forma en que se exprese el concepto).

Artículo 44 (Derechos del acusado)

- 87. La delegación de los Estados Unidos escuchó con interés el debate de la Sexta Comisión sobre la cuestión de si el estatuto debería permitir los juicios en rebeldía. Por la expresión «en rebeldía», entendemos que el acusado no comparezca nunca ante la Corte. Aunque en el sistema de los Estados Unidos no se permiten los juicios en rebeldía, en algunas circunstancias se permiten los juicios en los que el inculpado comparece inicialmente pero luego se ausenta voluntariamente.
- 88. Entendemos que varios ordenamientos jurídicos permiten juicios en rebeldía de algún tipo, y que en algunas circunstancias esos juicios sirven para vindicar los derechos de las víctimas. No obstante, teniendo en cuenta todos los factores, consideramos que los juicios en rebeldía son demasiado polémicos y no deberían incluirse en el procedimiento. El procedimiento penal más eficaz y equi-

- tativo habitualmente será aquel en que se presente una defensa eficaz y esto no sucederá normalmente en un juicio en rebeldía. Es importante que el tribunal penal internacional no caiga en la tentación de buscar el camino fácil de realizar juicios en rebeldía cuando resulte difícil detener a los acusados. En lugar de ello, debería hacerse todo lo posible para que los Estados cumplan la obligación de entregar a los fugitivos.
- 89. El apartado *h* del párrafo 1 es problemático, dado que la ausencia del acusado será frecuentemente voluntaria y, por tanto, deliberada. Así pues, los juicios en rebeldía se permitirían en cualquier caso en que el acusado no comparezca voluntariamente ante el tribunal. Teniendo en cuenta nuestras razones para objetar a los juicios en rebeldía, no podemos apoyar esta disposición.
- 90. Observamos que el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia reconoce el derecho del acusado a ser juzgado hallándose presente en el proceso, de conformidad con el párrafo 3, apartado d del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El estatuto o el reglamento deberían prever la ausencia «voluntaria» posterior al auto de procesamiento y la suspensión del derecho del acusado a hallarse presente una vez que la Corte haya advertido que su conducta perturbadora justifica su exclusión de las audiencias.
- 91. Con la salvedad de los juicios en rebeldía, los Estados Unidos apoyan este artículo, que refleja el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El apartado g del párrafo 1 del artículo 44 establece que el acusado no será obligado a declarar ni a confesarse culpable. Debería asegurarse también que el silencio del acusado no se considere prueba de culpabilidad.
- 92. Los Estados Unidos observan que el comentario al artículo 39 habla del «derecho» a la interpretación simultánea. Aunque la interpretación simultánea es siempre preferible, no debería considerarse un derecho absoluto, ya que a veces puede no ser posible.

Artículo 45 [Efecto de cosa juzgada (non bis in idem)]

- 93. Con respecto a este artículo hay que plantear varias cuestiones, entre ellas la de si delitos menores o mayores impiden el efecto de cosa juzgada. ¿Qué sucede si por la conducta de que se trate se ha sometido a la persona a un proceso anterior pero no por los crímenes concretos de que ahora se le acusa? ¿Debería establecerse el requisito de que el juicio anterior haya concluido en una resolución sobre el fondo?
- 94. El Gobierno de los Estados Unidos está de acuerdo en que un simulacro de proceso anterior no debería privar de competencia al tribunal. Observamos que el Grupo de Trabajo de 1993 empleó en este contexto la formulación utilizada en el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia. La experiencia de este Tribunal debería ser pertinente para determinar si esta fórmula es buena en la práctica.

Artículo 46 (Protección del acusado, las víctimas y los testigos)

95. Creemos que el reglamento habrá de dar detalles sobre las «medidas» que pueda adoptar la Corte. En particular, aunque es importante proteger a las víctimas, por el otro lado el acusado debe tener una oportunidad real de hacer interrogar a los testigos de la acusación.

Artículo 47 (Atribuciones de la Corte)

Artículo 48 (Modo de producir las pruebas)

- 96. La relación de estos artículos con el artículo 58 debe aclararse. En tanto que los Estados Partes estarán obligados a cooperar en el cumplimiento de las órdenes de la Corte relativas a la comparecencia de testigos y presentación de pruebas, no está claro en qué medida los ordenamientos jurídicos internos podrán ayudar a poner en ejecución dichas decisiones de la Corte. Frecuentemente se plantearán cuestiones sobre la relación del tribunal penal internacional con los Estados Partes y los tribunales nacionales, ya que la Corte, por carecer de jurisdicción personal sobre individuos que posean las pruebas requeridas, deberá recurrir a los Estados Partes para obtener el cumplimiento de sus órdenes. En todo caso, la Corte estará operando en el ámbito de la asistencia judicial internacional. Su estatuto y reglamento deben reflejar la flexibilidad necesaria para que el procedimiento penal en esta esfera sea eficaz.
- 97. Por la expresión «actas completas del proceso» (art. 47, párr. 2) debe entenderse una transcripción literal, una grabación audiovisual, junto con las copias de los documentos, y no simplemente las notas de las actuaciones tomadas por el juez o el actuario.
- 98. Para que el requisito del juramento tenga valor (art. 48, párr. 2), la Corte debe estar facultada para proceder contra los testigos por perjurio. Pedir a los Estados que castiguen a las personas que cometan perjurio ante la Corte nos parece más bien una solución impracticable.
- 99. El párrafo 5 del artículo 48 establece un umbral bastante bajo para la exclusión de las pruebas («No serán admisibles las pruebas obtenidas directa o indirectamente por medios ilegales que constituyan una violación grave de los derechos humanos internacionalmente protegidos»). Según el párrafo 6 del comentario, algunos miembros de la CDI sugieren también que se excluya todo elemento de prueba obtenido en violación del derecho internacional. Creemos que la atención debe centrarse en si las pruebas que han de someterse al tribunal son fidedignas. Las personas pueden tener opiniones diferentes sobre lo que constituye una violación grave de los derechos humanos o del derecho internacional. Crecmos que la CDI debería indicar con detalle qué situaciones ocasionarán probablemente la inadmisibilidad de las pruebas en virtud de esas normas. Utilizando esa información, los Estados podrán determinar si pueden apoyar una de esas referencias.
- 100. La CDI debería examinar con más detenimiento la cuestión de cómo se tratará o comunicará la información relativa a la seguridad nacional. En particular, será necesario otorgar a los Estados la facultad de rehusar la

entrega de información relacionada con su seguridad aunque la solicite la Corte. Además, debería elaborarse un procedimiento para asegurar que el Estado pueda comunicar información confidencial al Fiscal sin temor de que esa información sea comunicada a los inculpados o al letrado de la defensa sin el consentimiento del Estado. Si esas normas son razonables, contribuirán mucho a ampliar el ámbito de cooperación entre los Estados Partes y la Corte. Si hay incertidumbre sobre la manera en que se utilizará o comunicará la información confidencial, los gobiernos serán reacios a facilitar a la Corte determinados tipos de información valiosa.

101. La CDI indudablemente deseará tomar en consideración la seguridad nacional en lo que respecta a varios artículos relacionados con la producción de la prueba (art. 39), el requisito de un juicio equitativo (art. 40), los derechos y las medidas para proteger al acusado (por ejemplo los artículos 44 y 46).

Articulo 49 (Vista)

102. En este artículo se dejan de lado muchas cuestiones, tales como la conveniencia de que el tribunal resuelva si las pruebas presentadas por el Fiscal en su requisitoria son suficientes, la regulación de los contrainterrogatorios de la parte contraria y del segundo interrogatorio de la parte que propuso al testigo, etc. El párrafo 2 del comentario dice que en el reglamento figurarán disposiciones más detalladas acerca del procedimiento. La CDI debería estudiar si algunas de estas cuestiones deben regularse en el estatuto; si no se incluyen en éste, indudablemente tendrán que incluirse en el reglamento.

Artículo 50 (Quórum y mayoría requerida en las decisiones)

103. Aunque es importante que las decisiones se adopten por el voto de la mayoría, en principio sería preferible que los cinco jueces que integran la Sala estén presentes durante todo el juicio, en particular porque los jueces han de resolver tanto sobre los hechos como sobre el derecho. Los Estados Unidos proponen en consecuencia que se revise esta disposición.

Articulo 51 (Sentencia)

104. El estatuto debería permitir a los jueces de la Corte (tanto los de la Sala de primera instancia como los de la Sala de apelaciones) emitir opiniones disidentes y concurrentes. La posibilidad para los que opinan de manera diferente de impugnar el razonamiento de la mayoría contribuirá a garantizar que las decisiones de ésta sean bien fundadas y justificadas públicamente.

Artículo 52 (Imposición de la pena)

Articulo 53 (Penas aplicables)

105. Los Estados Unidos estiman que el reglamento tendrá que dar más detalles sobre las cuestiones relativas a la imposición de la pena. Invitan además a la CDI a estudiar la adopción de normas uniformes sobre la imposición

de la pena, a fin de que la Corte no tenga que buscar referencias al respecto en el derecho interno y justificarlas. Esas disposiciones ayudarán a la Corte a asegurar que a las personas que cometan crímenes similares se les apliquen penas similares.

106. El artículo 53, tal como está redactado, parece permitir a la Corte ejercer su competencia sobre bienes privados e incluso públicos situados en los Estados y embargarlos. Esto probablemente requerirá ulteriores medidas de cumplimiento en los tribunales nacionales. Estos litigios pueden ser complejos. Aunque los Estados Unidos apoyan firmemente las medidas de confiscación y de restitución de los bienes a las víctimas, esta cuestión ha resultado una de las más difíciles de la asistencia judicial internacional. Por tanto, tal vez haya que revisar el estatuto de forma que las órdenes de la Corte relativas a bienes que requieran ejecución en los Estados puedan ser revisables por los tribunales nacionales, con arreglo al derecho interno.

QUINTA PARTE (APELACIÓN Y REVISIÓN)

Artículo 55 (Apelación contra sentencias o penas)

107. Aunque el derecho de los Estados Unidos limita la posibilidad de que el Fiscal apele una absolución, reconocemos que está permitido en otros países. Como mínimo, no parece apropiado que el Fiscal pueda pedir la revocación de la sentencia basándose solamente en nuevas pruebas en la fase de apelación.

Artículo 56 (Apelación)

- 108. Como ya se ha dicho *supra* (párr. 76), la Corte debería estar formada por Salas de primera instancia y de apelación separadas. (Véanse también *supra* las observaciones al artículo 51 relativas a las opiniones disidentes y concurrentes.)
- 109. El estatuto debe ser más preciso en lo que concierne al proceso de apelación: ¿puede la Corte admitir nuevas pruebas que no se conocían antes? ¿Se tramitará la apelación principalmente por escrito o habrá debate oral? ¿Puede la Corte recabar las opiniones de los Estados Partes? ¿En qué circunstancias podrá la Sala de apelaciones devolver lo actuado a la Sala de primera instancia?

Artículo 57 (Revisión)

- 110. El estatuto admite la posibilidad de que el Fiscal solicite la revisión. Los Estados Unidos tienen fuertes reservas para que se conceda al Fiscal la facultad ilimitada de solicitar la revocación de una absolución, en particular cuando haya concluido la fase de apelación. La CDI debería aclarar en qué circunstancias sería apropiado que el Fiscal solicitara la revisión.
- 111. Se debe suponer que la expresión «el fallo de la Corte» se refiere a la declaración de culpabilidad o inocencia. En general sería inadecuado utilizar este procedimiento para obtener una revisión de la sentencia. No está claro si el descubrimiento de un hecho nuevo que indique

claramente que la Corte carecía de competencia estaría incluido en esta disposición, pero creemos que debería estarlo.

SEXTA PARTE (COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y ASISTENCIA JUDICIAL)

Artículo 58 (Cooperación internacional y asistencia judicial)

- 112. El párrafo 2 estipula que «[L]os Estados Partes que hayan aceptado la competencia de la Corte con respecto a un crimen determinado, atenderán sin demora injustificada toda solicitud de asistencia judicial internacional o cualquier decisión adoptada por la Corte con respecto a ese crimen». Esta obligación de cooperar se extiende a la presentación de pruebas y a la detención, prisión y entrega de los acusados. Sin embargo, no hay un límite a esa obligación en lo referente a cuestiones tales como la existencia de un procedimiento penal en marcha, las exigencias del derecho constitucional interno, el riesgo para la seguridad de las víctimas o los testigos y una articulación adecuada de la necesidad de pruebas. Por razones tanto jurídicas como prácticas no será posible para los Estados cooperar fácilmente con la Corte (y en algunos casos cooperar en absoluto) a menos que se aclaren este tipo de cuestiones. Si no se aclaran, los Estados determinarán por sí mismos el grado de su obligación de cooperar, lo que probablemente conducirá a resultados contradictorios.
- 113. En términos generales, no debería exigírseles a los Estados que cooperen en cuestiones de asistencia legal si no aceptan la competencia de la Corte sobre el delito que genera la necesidad de cooperar. Aunque los Estados Partes piensen cooperar en la mayoría de los casos, establecer una obligación jurídica no concuerda con el carácter consensual de la propuesta de la CDI.

Artículo 60 (Consultas)

114. La obligación de consultar establecida en este artículo es ambigua. No está claro quién ha de consultar y para qué fines. Para los Estados Unidos no está claro por qué, con anterioridad a la conferencia de revisión, han de ser necesarias o útiles las consultas oficiales entre los Estados Partes.

Artículo 61 (Comunicaciones y tenor de la documentación)

115. Este artículo debería disponer que los Estados Partes determinarán cuál será la autoridad nacional competente a los efectos de las comunicaciones y que harán la notificación pertinente a la Secretaría.

Artículo 62 (Medidas cautelares)

116. Dadas las considerables complicaciones jurídicas que entrañan la detención de personas y la incautación de bienes, esta disposición debería ampliarse con objeto de

incluir como mínimo las cuestiones reguladas en los habituales tratados de extradición. Por ejemplo, la disposición debe especificar la forma y el contenido de las solicitudes. Debe disponer que la detención provisional tiene por objeto dar tiempo para presentar al Estado en que se encuentre el presunto culpable una solicitud completa de entrega (con la documentación consiguiente), y que si no se recibe esa solicitud completa en un plazo determinado o en un plazo razonable, la persona será puesta en libertad.

117. Un inconveniente que plantea el estatuto es que varios artículos relativos a la detención no están claramente relacionados entre sí. El artículo 31 prevé la detención provisional, aunque esta disposición habla de la detención como parte de los requisitos procesales necesarios para iniciar un caso más que como un elemento aislado del procedimiento de «extradición»; el artículo 62 es ambiguo en relación con el artículo 31 y requiere más detalles y el artículo 63 trata de la obligación de entregar al procesado al tribunal más que de los pasos necesarios para proceder a dicha entrega.

Artículo 63 (Entrega de un procesado para ponerlo a disposición del Tribunal)

- 118. Hay que aclarar la relación precisa entre el artículo 62 y el artículo 33 sobre la notificación del auto de procesamiento. Además, este artículo debería especificar los documentos que deberían presentarse con la solicitud de entrega del procesado. La falta de una disposición relativa a la transmisión de las pruebas o de una relación resumida de las mismas, combinada con la necesidad de que el Estado en que se encuentre el presunto culpable adopte «medidas inmediatas», indica que el Grupo de Trabajo de 1993 no ha previsto la necesidad de un procedimiento judicial en el Estado solicitado. Los Estados Unidos, y probablemente otros países también, no pueden entregar personas a otro gobierno o entidad sin un procedimiento judicial. Ese procedimiento tiene carácter constitucional según el derecho estadounidense y, por tanto, los Estados Unidos sólo podrían participar en la estructura de un tribunal penal internacional que tenga esto en cuenta.
- 119. Como ya se ha señalado con respecto al artículo 22, habría que dar preferencia a los procedimientos penales nacionales y, en particular, observar las obligaciones de extradición vigentes que faciliten esos procedimientos. Por tanto, la obligación de entregar al procesado prevista en ese artículo debería revisarse para que reflejara este planteamiento.
- 120. Aunque el estatuto permite diferir la entrega mientras el acusado esté siendo enjuiciado o cumpliendo una pena, podría incluir también una disposición que permita la entrega temporal. A veces es útil, por la disponibilidad y actualidad de las pruebas y lo reciente de los recuerdos de los testigos, o en el caso de que el acusado esté cumpliendo una condena larga, entregar al acusado temporalmente a la Corte para que lo juzgue. Los Estados Unidos suelen incluir una cláusula de ese tipo en sus tratados bilaterales de extradición.
- 121. En conjunto, la manera en que el estatuto plantea las obligaciones de entrega del procesado y su relación

con los tratados vigentes de extradición requieren un examen y análisis más detallados.

Artículo 64 (Principio de especialidad)

- 122. El párrafo 2 dispone que las pruebas presentadas no se utilicen para ningún fin distinto de aquel para el que fueron presentadas. En vez de dar carácter absoluto a este requisito, imponiendo a la Corte la carga de solicitar del Estado afectado una dispensa, es preferible que el Estado que proporcione la información solicite la reserva prevista en dicho párrafo para las pruebas que a su juicio justifiquen un tratamiento especial.
- 123. Además, podría entenderse que, según este párrafo, el Fiscal no puede revelar siquiera pruebas exculpatorias importantes para la defensa en un caso, si la información correspondiente se ha recibido en relación con otro caso. Tal limitación del uso de las pruebas puede afectar seriamente a los derechos de un acusado.

SÉPTIMA PARTE (EJECUCIÓN DE LAS PENAS)

Artículo 65 (Reconocimiento de las sentencias)

124. Los Estados Unidos suponen que esta disposición tiene primordialmente por objeto hacer cumplir las sentencias que impongan multas o que ordenen la devolución o confiscación de bienes. Dado el sistema jurisdiccional concebido para el tribunal, el reconocimiento obligatorio de las sentencias de la Corte debería limitarse a los Estados que acepten la jurisdicción sobre el delito de que se trate. Porque no sería adecuado obligar a un Estado a ejecutar, con arreglo a su derecho interno, una orden basada en un delito no reconocido por él.

Artículo 66 (Ejecución de las penas)

125. El reglamento debería dar directrices para la «supervisión» prevista en el párrafo 4. En términos generales, cuando la Corte considere que el sistema penitenciario de un Estado es satisfactorio, los detalles del encarcelamiento deberían normalmente dejarse a dicho Estado. Se esperará de la Corte que vigile si se cumplen las normas básicas de encarcelamiento, según la normativa pertinente de derecho internacional.

Artículo 67 (Indulto, libertad condicional o conmutación de la pena)

126. Parece haber cierta confusión en este artículo sobre si la Corte podrá invocar el derecho interno para decidir las cuestiones relativas al indulto, la libertad condicional o la conmutación de la pena. Puede no ser equitativo dejar que el derecho interno del Estado en que se efectúe el encarcelamiento sea decisivo respecto de estas cuestiones, de manera que personas que han cometido el mismo delito grave puedan estar sometidas a condiciones muy diferentes de encarcelamiento, aunque se les haya impuesto la misma pena. Al mismo tiempo, es conve-

niente utilizar como guía el derecho interno del Estado en que tenga lugar el encarcelamiento.

127. El reglamento debería establecer las directrices básicas sobre estas cuestiones, y esas reglas, junto con el derecho del Estado en que tenga lugar el encarcelamiento, deberían ser tomadas en consideración por la Corte. Debería suprimirse el párrafo 4, que concede una discrecionalidad excesiva al Estado de encarcelamiento.

Finlandia

[Véase Países nórdicos]

Hungría

[Original: inglés] [20 de junio de 1994]

OBSERVACIONES GENERALES

- 1. La creación de un tribunal penal internacional no significa sólo establecer una nueva institución jurídica de derecho internacional, sino un nuevo tipo de desafío que los Estados deben afrontar con su legislación y su práctica jurídicas. Hungría ha tomado ya algunas medidas al respecto y quisiera referirse a la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional de Hungría el 13 de octubre de 1993, que reconoce las normas del derecho penal internacional y refuerza su precedencia sobre el derecho interno. En su decisión, el Tribunal Constitucional determinó que el sistema jurídico de la República de Hungría acepta las normas generalmente reconocidas de derecho internacional, que forman parte integrante del derecho húngaro sin necesidad de adaptaciones. El Tribunal Constitucional declaró también que las normas relativas a los crímenes de guerra y a los crímenes contra la humanidad son una parte singular del derecho internacional, que no se limita a regular las relaciones entre los Estados sino que determina ciertas responsabilidades y culpas penales de las personas. Los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad no surgen del derecho interno, sino que la comunidad de naciones los considera como tales y decide la forma en que deben juzgarse. La importancia de esos hechos es tan grande que su sanción no puede depender de la aceptación de los distintos Estados o de sus políticas de derecho penal en un momento determinado.
- 2. La decisión del Tribunal Constitucional de Hungría aborda de una manera totalmente original la cuestión del juicio internacional internacional y del tribunal penal internacional. Esa decisión declara que los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad serán juzgados y castigados por la comunidad internacional: por una parte, mediante los tribunales internacionales y, por la otra, haciendo que los Estados que quieran formar parte de la comunidad internacional tengan que asumir la responsabilidad de detener a los autores.
- 3. La decisión del Tribunal Constitucional se refiere expresamente a las resoluciones 808/1993 y 827/1993 del Consejo de Seguridad, de 22 de febrero y 25 de mayo de 1993, que han servido de base para la creación de un tri-

bunal penal internacional *ad hoc*. En opinión del Tribunal Constitucional, el estatuto del tribunal determina y contiene detalladamente derecho internacional sustantivo, cuyas normas son, sin lugar a dudas, parte integrante del derecho consuetudinario internacional y, por ello, el hecho de que no todos los Estados sean partes en algunos tratados no supone un obstáculo jurídico. Por consiguiente, el derecho aplicable es independiente de los derechos internos de los distintos Estados. Esto concuerda con el hecho de que el tribunal, con su autoridad para castigar los crímenes, está por encima de los tribunales nacionales.

4. La decisión del Tribunal Constitucional de Hungría demuestra que el país se ha comprometido con los ideales del tribunal penal internacional y que, en lo que se refiere a su propio sistema jurídico, hará cuanto esté en su poder para adoptar las medidas legislativas y prácticas necesarias a fin de ayudar al tribunal en sus trabajos, una vez creado.

Observaciones sobre algunos artículos

5. En relación con la creación del tribunal se ha subrayado repetidas veces que la legitimidad de un órgano de esa naturaleza sólo podrá garantizarse mediante un tratado internacional multilateral. Por ello, Hungría está firmemente convencida de que el tribunal debe establecerse con la cooperación de las Naciones Unidas pero sobre la base de un nuevo tratado. Estrechamente relacionada con ese aspecto está la cuestión fundamental de si el tribunal penal internacional debe actuar como un órgano judicial de las Naciones Unidas o, por el contrario, al margen de la organización. Hay que destacar que las Naciones Unidas deben desempeñar una función importante tanto en la creación del tribunal como en su funcionamiento en los hechos. Al mismo tiempo, no parece absolutamente necesario que el tribunal se organice dentro del marco de las Naciones Unidas. Esta opinión se basa en razones tanto de forma como de fondo. La razón formal es el hecho, con frecuencia mencionado y que Hungría comparte, de que situar al tribunal dentro de las Naciones Unidas exigiría modificar la Carta de la Organización, lo que probablemente retrasaría el logro del objetivo. Por otra parte, desde un punto de vista conceptual, la creación del tribunal no tiene por qué producirse dentro de las Naciones Unidas, ya que los puntos de contacto que garantizarían la participación activa de las Naciones Unidas existen ya. A este respecto, nos remitimos principalmente a la autoridad del Consejo de Seguridad a que se refiere el artículo 25 (Asuntos sometidos a la Corte por el Consejo de Seguridad).

Artículo 2 (Relación entre el Tribunal y las Naciones Unidas)

6. Resumiendo lo expuesto, Hungría apoya en consecuencia la segunda variante del artículo 2, de acuerdo con la cual el tribunal estaría vinculado a las Naciones Unidas pero sin ser parte de ellas. El Gobierno de Hungría comprende al mismo tiempo que esta solución hará más complicado el funcionamiento del tribunal ya que, evidentemente, exigiría mayor actividad administrativa, y su

financiación se realizará separadamente de la de las Naciones Unidas.

- 7. La estructura de la Corte plantea algunas cuestiones muy difíciles. En el momento actual, no se sabe el volumen de trabajo que tendrá el tribunal ni los tipos de asuntos de los que se ocupará. Como consecuencia, resulta difícil determinar el número óptimo de jueces o la estructura óptima. Con todo, el número de 18 jueces previstos en el artículo 5 parece insuficiente. Esos 18 jueces no sólo tendrían que juzgar en primera instancia sino también en la instancia superior, y los miembros de la Junta de Gobierno serían elegidos igualmente entre ellos. Suponiendo que, por una u otra razón, hubiera que recusar algunos jueces por conflicto de intereses, ese número parece bastante pequeño.
- 8. Por lo que se refiere a la estructura del tribunal, parece ser razonable constituirla con los órganos que se enumeran en el artículo 5. Estimamos que una Corte creada de esta forma sería viable. Debería sin embargo considerarse la creación de un comité compuesto por delegados de los Estados signatarios. Este comité podría encargarse de las tareas que, de todas formas, dependerían de las decisiones de los Estados Partes, es decir la selección de los jueces, la selección de los fiscales y la determinación del presupuesto, y serviría además de foro de comunicación entre el tribunal y los Estados Miembros en las cuestiones de naturaleza política.
- 9. No se puede dudar un momento de que es necesario separar la Corte propiamente dicha de la Fiscalía. De otro modo no podrá garantizarse la imparcialidad de las actuaciones. Sin embargo, esa necesidad no se verá afectada por el hecho de que la Fiscalía se encuentre dentro del tribunal.

Artículo 6 (Condiciones que han de reunir los jueces)

10. No hay mucho que debatir con respecto a la enunciación de los principios que regularán la selección de los jueces. Los principios generales que servirán de directrices a los Estados Miembros pueden encontrarse en el artículo 6. A ellos habría que añadir otro criterio más, relativo a la experiencia judicial: parece necesario establecer un límite mínimo de edad, que debería fijarse en los 45 años. Hungría comparte la opinión de que los jueces de la Corte deben representar los mayores sistemas jurídicos existentes. Esto sería un factor importante, especialmente si la Corte tiene que aplicar las normas de derecho interno, de conformidad con el artículo 28 (Derecho aplicable), como fuente subsidiaria. En relación con esta cuestión, sería conveniente que las diversas regiones del mundo estuvieran también representadas en el tribunal.

Artículo 8 (Provisión de vacantes)

11. El artículo 8 trata de la forma de cubrir las vacantes. Sería un tanto tedioso repetir el procedimiento descrito en el artículo 7 (Elección de los jueces) cada vez que se produjera una vacante. Sería mejor para ese fin establecer un sistema de jueces suplentes. Se seleccionaría a los jueces suplentes al mismo tiempo que a los jueces ordinarios de la Corte, y ocuparían automáticamente cualquier vacante

que se produjera. El Gobierno de Hungría quiere señalar que la creación del comité anteriormente mencionado sería, por sí misma, un factor que simplificaría el procedimiento que habría que seguir cuando se produjera una vacante.

Artículo 10 (Elección y funciones del Presidente y de los Vicepresidentes)

12. El artículo 10 del estatuto se refiere a la Junta de Gobierno. Hungría está de acuerdo con su contenido y con la forma de elegir la Junta, pero tiene algunas dudas con respecto a las tareas que se le confiarían. Convendría volver más adelante sobre la cuestión de saber si tales funciones no las debería asumir otro organismo, que son por lo esencial las de un ministerio público. En cuanto a la forma de constituir la Junta de Gobierno, la reglamentación parece insuficiente, ya que no se habla de la reelección ni de las condiciones para ella. Hungría considera que no debería haber obstáculo para la reelección.

Artículo 11 (Recusación de los jueces)

13. El artículo 11 del estatuto regula la cuestión del conflicto de intereses. Hungría está de acuerdo con esa regulación aunque preferiría que se ampliase el número de los autorizados a iniciar un procedimiento por ese motivo. Los párrafos 2 y 3 dan ese derecho sólo al propio juez y al inculpado. Sin embargo, esa facultad debería ampliarse al Fiscal y también a quien promovió la acción. Es evidente que pueden plantearse cuestiones, tanto desde el punto de vista de la Fiscalía como de quien promovió la acción en nombre de la víctima, que podrían servir de base para recusar a un juez determinado en un caso determinado.

Artículo 12 (Nombramiento y funciones del Secretario)

14. La elección del Secretario es una de las tareas que. por sus características, debería confiarse a la autoridad del comité propuesto supra (párr. 8). Hungría está de acuerdo con el derecho reconocido a la Junta de Gobierno de formular propuestas. Sin embargo, el pleno de los jueces no es un órgano al que debiera obligarse a tratar esas cuestiones administrativas. A ello se añade que los jueces representarían sólo una pequeña fracción de los Estados Partes y, por consiguiente, ese derecho debería transferirse a un órgano de representación más amplia. El apartado b del párrafo 2 abre la posibilidad para el Secretario de ocupar otros puestos en el ámbito del sistema de las Naciones Unidas, con autorización de la Junta de Gobierno. No parece satisfactoria esta solución ni está en armonía con la idea de que el tribunal no debe ser un órgano de justicia de las Naciones Unidas, sino un órgano separado e independiente que trabaje en estrecha colaboración con la Organización.

Artículo 13 (Composición, funciones y atribuciones de la Fiscalía)

15. Las mismas opiniones que se han formulado *supra* con respecto a la elección de los jueces valen también

para la elección de fiscales y fiscales adjuntos. Al mismo tiempo, el Gobierno de Hungría tiene dudas en cuanto a la idea de que sólo haya un Fiscal y un Fiscal Adjunto. El Gobierno de Hungría estima necesaria la elección de, por lo menos, otro fiscal adjunto más y, si bien está de acuerdo con todos los aspectos que tratan de la independencia del Fiscal y del conflicto de intereses, vería con agrado que las disposiciones relativas al personal de la Fiscalía estuvieran más detalladas.

Artículo 15 (Separación del cargo)

16. El Gobierno de Hungría estima que el párrafo 2 del artículo 15, que da al tribunal la posibilidad de separar de sus puestos al Fiscal y al Fiscal Adjunto, por el voto de una mayoría de dos tercios, es problemático. El estatuto pone el acento en que el Fiscal y la Fiscalía, como órgano encargado de la instrucción y el procedimiento, actúan dentro del tribunal en forma separada e independiente. Sin embargo, la disposición del párrafo 2 pondría en duda esa separación e independencia. El tribunal sólo debería tener derecho de proponer que se adopte la medida de separación, pero la decisión debería dejarse a los Estados Partes o al comité permanente de Estados Partes, si se estableciera.

Artículo 21 (Revisión del Estatuto)

- 17. El Gobierno de Hungría sostiene que no es absolutamente necesario mantener un plazo de cinco años para la revisión del estatuto, especialmente si ésta se refiere a los crímenes enumerados en el artículo 22. En cambio, valdría la pena examinar si los Estados Miembros podrán revisar cualquier cuestión relativa al estatuto, si una tercera parte de ellos lo solicitan.
- 18. Una de las cuestiones esenciales para el futuro de todo el estatuto es la determinación exacta de la competencia del tribunal y del derecho que éste aplicará. La posición del Gobierno húngaro es que el tribunal penal internacional, por su naturaleza misma, deberá ocuparse de los crímenes más graves del derecho internacional. Cabe plantear la cuestión de qué crímenes quedarán comprendidos en esa categoría. Hungría opina que deben cumplirse al menos las siguientes condiciones:
- a) El crimen de que se trate debe afectar no sólo a los intereses de una o varias naciones, sino al destino de toda la humanidad o de la comunidad internacional;
- b) Los actos deben estar considerados como crímenes en virtud de principios de derechos internacionalmente reconocidos de derecho penal y que sean reconocidos como tales por todos los interesados;
- c) La represión de esos crímenes debe comportar, al menos, la cooperación entre las naciones y conducir a la actuación del tribunal penal internacional a fin de sancionar a sus autores.
- 19. Puede verse fácilmente que en los tres criterios enunciados se incluyen también varios principios, entre ellos algunos de derecho penal tan clásicos como el nullum crimen sine lege o el de nulla poena sine lege.

Artículo 22 (Lista de los crímenes definidos por tratados)

- Por lo que se refiere a los crímenes enumerados en el artículo 22, Hungría opina que todos ellos satisfacen los criterios mencionados. Sería también una solución satisfactoria que el estatuto se refiriese a los tratados internacionales que definen esos hechos y que definiese además los requisitos para su enjuiciamiento internacional concertado. La omisión de la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes es injustificada y debería subsanarse incluyendo ese instrumento internacional entre los que se enumeran en el artículo 22. Son pertinentes las observaciones del Grupo de Trabajo en el sentido de que las actividades de mercenarios no se incluyen por la sola razón de que la respectiva Convención no ha entrado en vigor aún, pero después de su entrada en vigor los actos comprendidos en ella deberían incluirse, sin lugar a dudas, entre los crímenes enumerados en el artículo 22.
- 21. Si bien el Gobierno de Hungría está en general de acuerdo con el artículo 22, algunos aspectos del mismo suscitan interrogaciones. No hay duda de que el genocidio, los crímenes de guerra, el apartheid y los crímenes contra las personas internacionalmente protegidas son crímenes que, por su gravedad e independientemente de las circunstancias, deben entrar dentro de la competencia del tribunal penal internacional. No es necesariamente el caso de los diversos crímenes de terrorismo. La toma de rehenes o el apoderamiento ilícito de aeronaves no deberían quedar sometidos a la competencia del tribunal. Esos actos podrían someterse al tribunal únicamente si las personas que los cometieran lo hicieran en nombre de un Estado o con su autorización. En otros casos, parece suficiente para el juzgamiento de tales crímenes que intervengan los tribunales nacionales, que naturalmente deberán contar con la cooperación judicial internacional.
- Aquí hay que mencionar las relaciones con el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Hungría aprecia grandemente la labor realizada hasta la fecha por la CDI en la preparación de ese código y estimamos que la situación actual de los trabajos ofrece esperanzas de que se terminen pronto. Nuestra opinión decidida es que ese código es necesario y que su texto debe aprobarse tan pronto como sea posible. Sin embargo, el establecimiento del tribunal penal internacional no debe depender de la adopción del código. El estatuto y especialmente las disposiciones del artículo 22 definen suficientemente la categoría de crímenes que se someterían al tribunal penal internacional. En sí mismo el artículo 22 tiene un ámbito mucho más reducido, pero basta que en un primer tiempo el tribunal penal internacional comience sus trabajos con los crímenes en él enumerados, ampliándolos quizá dentro de los límites establecidos en el artículo 26.
- Artículo 23 (Aceptación por los Estados de la competencia de la Corte para el enjuiciamiento de los crimenes enumerados en el artículo 22)
- 23. La variante A del artículo 23 parece lógica en sí, pero sin embargo Hungría prefiere la variante B pues, a pesar de las dificultades del comienzo, es esta variante la

que garantizaría el funcionamiento efectivo del tribunal y su más amplia legitimidad.

Artículo 25 (Asuntos sometidos a la Corte por el Consejo de Seguridad)

24. El artículo 25 trata, sin lugar a dudas, de un problema básico. Ese artículo autoriza al Consejo de Seguridad a someter al tribunal casos individuales de los crímenes enumerados en los artículos 22 y 25. Como se ha dicho *supra*, Hungría no apoya un enfoque que sitúe al tribunal dentro de la estructura de las Naciones Unidas, pero unas relaciones firmes con la Organización son necesarias. La autoridad del Consejo de Seguridad, tal como se define en el artículo 25, sería un buen ejemplo de ello. Hay que añadir, sin embargo, que esa autoridad no puede prejuzgar las cuestiones de hecho y de derecho, al menos en lo que se refiere a los autores. Para garantizarlo, quizá fuera necesario prever una disposición clara en ese sentido.

Artículo 26 (Aceptación especial por los Estados de la competencia de la Corte en supuestos no regulados en el artículo 22)

- 25. El artículo 26 es quizá la parte más delicada del proyecto. No hay duda de que el derecho consuetudinario internacional contiene una serie de elementos que pueden ser parte del derecho penal internacional. La agresión, en particular, puede considerarse uno de ellos. Hungría comprende y apoya la posición que permitiría a los distintos Estados que no sean parte en los tratados enumerados en el artículo 22 reconocer la competencia sobre esos crímenes en base al derecho internacional consuetudinario.
- 26. Sin embargo, al mismo tiempo no se puede considerar que una cláusula general del estatuto que habla del reconocimiento general de las normas de derecho penal en virtud del derecho consuetudinario internacional sea totalmente indiscutible en lo que se refiere a la realización de los principios de los derechos humanos. Esa es una definición cuyo alcance es demasiado amplio y que, por ello, no sería fácil mantener el principio *nullum crimen sine lege* con la redacción actual. Esa redacción produce incertidumbres que no pueden permitirse en las actuaciones de derecho penal. En consecuencia, no parece que las disposiciones del apartado *a* del párrafo 2 del artículo 26 sean totalmente suficientes.
- 27. El Grupo de Trabajo de 1993 señaló, como alternativa al apartado a del párrafo 2, una solución que resolvería la cuestión mediante la competencia del Consejo de Seguridad definida en el artículo 25, que autorizaría al Consejo de Seguridad a someter esas cuestiones al tribunal. Para Hungría ello resulta sólo parcialmente adecuado, de acuerdo con las opiniones que ya ha expresado al respecto, porque esa solución parece apropiada para los casos de agresión, pero no en otros.
- 28. El Gobierno de Hungría tiene grandes dudas en cuanto a las disposiciones del apartado b del párrafo 2. Aunque traficar con estupefacientes sea un crimen grave, no puede incluirse en la misma categoría que los crímenes

internacionales enumerados en el artículo 22 del estatuto, ni tampoco en la misma categoría que la agresión.

29. La Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas considera el enjuiciamiento de los traficantes como un problema que puede resolverse en el nivel nacional con asistencia internacional. Este grupo de crímenes no puede situarse, en ningún caso, en el artículo 22. Hasta resulta discutible que la competencia del tribunal debe extenderse, en las circunstancias actuales, a ese grupo de crímenes. Cabe añadir que la Convención mencionada no define suficientemente esos crímenes.

Artículo 27 (Imputación de un acto de agresión)

30. El artículo 27 del estatuto está estrechamente relacionado con el artículo 25. Este artículo declara que no se podrá imputar a nadie la comisión de un crimen de agresión hasta que el Consejo de Seguridad decida que el Estado de que se trate es realmente culpable de ese acto. Hungría considera adecuada esta solución pero, si se enfoca la cuestión desde el ángulo de la independencia y la imparcialidad de la Corte, se podrían crear algunas dificultades. Esa decisión sería difícil de separar de las cuestiones de hecho y de derecho que son de la competencia del tribunal. Podrían surgir conflictos, por ejemplo si la Corte quisiera declarar que una persona no ha cometido el crimen de agresión. El Gobierno de Hungría opina que la resolución de esta cuestión requiere más reflexión y examen.

Artículo 28 (Derecho aplicable)

31. La cuestión del derecho aplicable se resuelve en el artículo 28. Como es evidente que el estatuto no puede responder a todas las cuestiones que pueden suscitarse, es necesario reconocer el derecho internacional y, como fuente subsidiaria, los derechos de las diversas naciones. Sin embargo, cabe añadir que, en relación con el apartado b del artículo 28, el Gobierno de Hungría formula las mismas objeciones que con respecto al artículo 26.

Artículo 29 (Denuncia)

32. La iniciación de las actuaciones se confía, por el artículo 29, a los Estados Partes y al Consejo de Seguridad. Esto parece estar en armonía con el espíritu de todo el estatuto, aunque Hungría considera que sería conveniente que las actuaciones pudieran iniciarse también de oficio, es decir por el propio tribunal.

Artículo 30 (Instrucción y petición de procesamiento)

33. El párrafo 1 del artículo 30 daría una función importante en esta actividad a la Junta de Gobierno que, en la práctica, velaría por la legalidad de la investigación y de las actuaciones de la Fiscalía. De hecho, la Junta de Gobierno ejercería la autoridad de un «juez instructor». Hungría encuentra esto un tanto preocupante, ya que se da

a los miembros de la Junta de Gobierno las funciones de una Sala de Apelación.

Artículo 31 (Inicio del proceso penal)

- 34. En el artículo 31 se encuentran disposiciones importantes sobre la prisión preventiva de los sospechosos. El párrafo 2 del artículo 31 dice que el tribunal podrá decretar la privación de libertad de los inculpados por el período que determine.
- 35. Las normas sobre detención preventiva no están suficientemente detalladas. Falta, por ejemplo, la determinación del período por el que podrá privarse a alguien de libertad y la del período después del cual la detención deberá revisarse o ampliarse. Deberían incluirse esas disposiciones como garantías.

Artículo 32 (Procesamiento)

36. El párrafo 2 del artículo 32 designa a la Junta de Gobierno como órgano que actuaría como Sala de Procesamiento. Como Hungría ya lo ha señalado, la competencia general de los miembros de la Junta de Gobierno es incompatible con esa función. Debería ocuparse de los procesamientos un órgano distinto, constituido dentro del tribunal.

Artículo 33 (Notificación del auto de procesamiento)

37. Dentro del marco del artículo 33, Hungría definiría tres grupos de Estados por sus relaciones con el estatuto. El tercer grupo se compone de los Estados que no son partes en él. A esos Estados sólo se les puede pedir que cooperen. El estatuto no resuelve la cuestión de qué ocurrirá si un Estado determinado no está dispuesto a cooperar. En este caso, pueden considerarse diversas posibilidades, entre ellas, quizá, la suspensión del procedimiento.

Artículo 35 (Prisión provisional o libertad condicional)

38. El artículo 35 da al tribunal la posibilidad de decretar la libertad provisional del inculpado. Si bien la institución de la libertad provisional es aceptable en general, Hungría tiene dudas sobre la conveniencia de permitir a los autores de crímenes tan graves como los que regula el estatuto evitar la privación de libertad a cambio del respeto de ciertas condiciones, cuando ha sido decretada su prisión. Vale la pena considerar especialmente si esa oportunidad que se da al inculpado no pondrá en peligro el éxito del procedimiento hasta su conclusión.

Artículo 37 (Constitución de Salas)

39. En lo que se refiere al artículo 37 hay un solo criterio de recusación, que impediría a un juez participar cuando fuera ciudadano del Estado que hubiera presentado la denuncia o del que el acusado fuera nacional.

40. Hungría tiene ciertas dudas sobre la disposición que permitiría a la Junta de Gobierno nombrar a los miembros de las Salas para los diferentes asuntos. Parecería mejor que se establecieran Salas permanentes y se les sometieran los asuntos a medida que se fueran presentando. Naturalmente, la Junta de Gobierno tendría la debida autoridad para establecer esas Salas permanentes.

Artículo 38 (Cuestiones de competencia)

- 41. La impugnación de la competencia es un elemento importante en materia de garantías. Las disposiciones del artículo 38 permitirían al acusado impugnar la competencia en cualquier momento durante el juicio y a los Estados Partes al comienzo de las actuaciones. En opinión del Gobierno de Hungría esto resulta demasiado amplio. Sin lugar a dudas debe darse ese derecho a algunos Estados Partes, pero Hungría comparte la opinión de que sólo debe permitirse impugnar la competencia a los Estados que tengan un interés directo. Naturalmente, el ámbito de los Estados interesados no debería interpretarse de forma restrictiva sino que podría incluir no sólo a los Estados en donde se cometió el crimen y los Estados de los que fueran nacionales los inculpados, sino a todos los Estados que intervinieran activa o pasivamente en cualquier fase de las actuaciones (aportando pruebas, prestando asistencia judicial, etc.).
- 42. El comentario dice que, a falta de Salas, la Junta de Gobierno considerará la solicitud del inculpado. Hungría estima que esto es un tanto preocupante desde el punto de vista de las garantías. La Junta de Gobierno no puede desempeñar esa función, ya que ello supondría un conflicto de intereses. Deben crearse Salas de procesamiento para evaluar esas solicitudes y ese tipo de decisiones debe ser de su competencia durante el período anterior al juicio propiamente dicho.
- 43. Lo expuesto no está en contradicción con la necesidad de que ese derecho del inculpado no deba retrasar innecesariamente el juicio. En interés de lo expuesto, sería necesario establecer una norma que permitiera rechazar, sin suspensión, las solicitudes del inculpado, si las presenta continuamente aduciendo los mismos argumentos.

Artículo 40 (Derecho a un juicio imparcial)

Artículo 41 [Principio de legalidad (nullum crimen sine lege)]

Artículo 42 (Igualdad ante el Tribunal)

Artículo 43 (Presunción de inocencia)

Artículo 44 (Derechos del acusado)

Artículo 45 [Efecto de cosa juzgada (non bis in idem)]

44. Las disposiciones de los artículos 40 a 45, que tratan del derecho del acusado a un juicio imparcial y de las garantías de sus derechos, son extraordinariamente importantes, tomado el estatuto en su conjunto. Su regulación, en general, está de acuerdo con los principios de derecho internacional generalmente aceptados, o sea los contenidos en diversos instrumentos internacionales. Sin

embargo, el Gobierno de Hungría considera que habría que desarrollar más algunas disposiciones para lograr un texto más detallado y exacto. Esto se aplicaría especialmente al artículo 41 que, teniendo en cuenta su regulación singular, cobra nuevas dimensiones si se compara con la interpretación tradicional.

- 45. En el artículo 44 Hungría echa en falta una disposición relativa al derecho de presentar una queja general en la que el inculpado pueda impugnar las decisiones procesales adoptadas durante el procedimiento que considere perjudiciales, aunque no tengan carácter de sentencia.
- 46. Una de las cuestiones más debatidas del procedimiento es la de la sentencia in absentia. El apartado h, párrafo 1 del artículo 44 da a la Corte la posibilidad de decidir que la ausencia del acusado es deliberada, en cuyo caso puede celebrar el juicio. Esta disposición es, por lo menos, preocupante. En opinión de Hungría, una sentencia in absentia constituiría tal limitación del derecho a la defensa que haría discutible la justicia del procedimiento entero. Ciertamente, los medios para obligar a un inculpado a comparecer ante el tribunal son mucho más limitados en el caso de un tribunal penal internacional que en el de un tribunal nacional. Hay que reconocer también que la sentencia de un tribunal internacional tiene, en principio, un gran valor y que, en consecuencia, su objetivo no es sólo condenar al inculpado sino transmitir el mensaje que la comunidad de naciones desea comunicar. Por ello, Hungría opina que, de alguna manera, hay que encontrar una transacción racional que proteja el principio de un juicio imparcial sin poner en peligro el funcionamiento del tribunal. Uno de los caminos posibles podría ser que se permitiera excepcionalmente al tribunal seguir un procedimiento in absentia. Hungría subraya el carácter excepcional que debería tener un juicio de tal naturaleza.
- 47. En los casos excepcionales en que parezca necesario celebrar de todas formas el juicio, la sentencia, naturalmente, sólo podrá ser condicional. Si posteriormente comparece el inculpado, la medida apropiada sería dejar de lado la sentencia original y repetir todo el juicio.
- 48. El artículo 45 prohíbe juzgar dos veces por los mismos hechos. Hungría apoya totalmente esta disposición, aunque hay que decir que, en el caso de crímenes internacionales, la competencia del tribunal internacional prevalece sobre la del tribunal nacional. Precisamente como consecuencia de ello se ha redactado el apartado *b* del párrafo 2 de ese artículo 45. Hungría considera adecuado, en el caso de un segundo juicio, tomar en consideración la pena que la persona haya cumplido realmente. Sin embargo, serían necesarias directrices con respecto a esta disposición.

Artículo 46 (Protección del acusado, las víctimas y los testigos)

49. Sólo hay que formular una objeción al artículo 46 y es el principio de la prueba directa. Constituye una limitación para los derechos del acusado la introducción de los testimonios grabados por medios electrónicos, ya que esto puede privarle de su derecho al contrainterrogatorio o de la oportunidad de ejercer otros derechos de defensa. Por este motivo, Hungría opina que debe darse nueva redac-

ción a ese artículo 46 a fin de proteger plenamente los derechos tanto del acusado como de las víctimas.

Artículo 48 (Modo de producir las pruebas)

50. Hungría está totalmente de acuerdo con las disposiciones del artículo 48 sobre la evaluación de la prueba. También el derecho húngaro declara que las pruebas obtenidas por medios ilegales son inadmisibles ante los tribunales. Sin embargo, hay que señalar que no hay disposiciones en el estatuto que establezcan las calidades necesarias para deponer como testigo y quién está habilitado para impugnar a un testigo. En algunos casos puede objetarse el testimonio, por ejemplo si, al prestarlo, el testigo se acusa a sí mismo o a algún miembro de su familia de un delito. En tales casos se estaría transgrediendo el principio que prohíbe declarar contra sí mismo. Plantea también un problema el hecho de que no se establezcan las consecuencias del perjurio.

Artículo 53 (Penas aplicables)

- 51. El artículo 53 satisface el principio *nulla poena sine lege*. El estatuto permite imponer dos clases de penas: privativas de libertad y pecuniarias.
- 52. Hungría apoya la opinión del Grupo de Trabajo de acuerdo con la cual el estatuto no autoriza la pena capital. Al mismo tiempo, surgen algunas dudas sobre el sistema de las penas aplicables. Las multas se encuentran en todas las formas de derecho interno y se utilizan con frecuencia. Sin embargo, es dudoso que puedan aplicarse penas pecuniarias en el caso de crímenes en virtud del derecho internacional. Los crímenes que el estatuto enumera son los más graves de todos, crímenes que atentan contra la paz y la seguridad de la humanidad. Sería un tanto paradójico castigar a los autores de esos crímenes únicamente con multas. Hungría estima que no hay circunstancias atenuantes que justifiquen una pena de esa naturaleza.
- 53. Para Hungría la prisión es la pena básica que debe aplicar el tribunal. Hungría comparte la opinión de que el límite máximo de esa pena debería ser la cadena perpetua. Sin embargo, habría que establecer también algún límite mínimo, pues no tendría sentido condenar a alguien culpable de un crimen en virtud del derecho internacional a unas semanas o unos meses de prisión. En lugar de ello, es preferible que el estatuto fije un límite mínimo de, por lo menos, seis meses.

Artículo 55 (Apelación contra sentencias o penas)

54. La posibilidad de apelación es una garantía esencial. Las disposiciones del artículo 55 la aseguran sólo en parte. Por lo que se refiere a quiénes tienen derecho a interponer ese recurso, Hungría opina que el derecho de apelar debe concederse al Fiscal y al abogado defensor, en interés del condenado pero con independencia de él. Es necesario establecer también, si sólo existe el recurso de apelación para la defensa, que el tribunal de segunda instancia no podrá dictar una sentencia más grave que la dictada en primera instancia.

SEXTA PARTE (COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y ASISTENCIA JUDICIAL)

- 55. La sexta parte del estatuto examina una cuestión fundamental desde el punto de vista del funcionamiento del tribunal: la cooperación internacional y la asistencia judicial. Hungría considera que se trata de una cuestión esencial porque no puede pensarse siquiera en realizar una labor práctica sin la debida cooperación de los Estados interesados. Hungría está de acuerdo con la mayoría de las disposiciones de la sexta parte sobre la asistencia judicial y considera que las mismas son viables. Sin embargo, estima que los artículos que tratan de la extradición y de la detención y entrega deben ser examinados nuevamente. Quizá fuera conveniente hacer un examen que recogiera y reflejara las posiciones de los Estados.
- 56. El elemento crítico en todo procedimiento judicial es la ejecución de la sentencia. Esto se aplica especialmente al caso del tribunal penal internacional que, por su naturaleza misma, carece de medios para la ejecución. El artículo 65 contiene una sola disposición que obligaría a los Estados Partes a reconocer las sentencias de la Corte. Aunque esto pueda plantear problemas con algunos Estados Partes, el Gobierno de Hungría quiere señalar que el derecho penal húngaro sólo necesitará enmiendas mínimas para la aplicación las disposiciones del artículo 65.

Conclusión

57. No hace falta decir que las presentes observaciones no pueden referirse a todas las disposiciones del estatuto. Quizá parezca tal vez a algunos que la mayoría de ellas son de naturaleza crítica. Pero hay que resaltar que el proyecto de estatuto es un logro destacado de la ciencia jurídica y constituye una base valiosa para crear en el futuro un tribunal penal internacional.

Islandia

[Véase Paises nórdicos]

Japón

[Original inglés] [13 de mayo de 1994]

OBSERVACIONES GENERALES

1. El sistema de aplicación de la ley en derecho penal internacional, como es el caso de la investigación, procesamiento y sanción de los criminales, ha sido desarrollado a partir de la segunda guerra mundial obligando a los Estados, por conducto del derecho internacional pertinente, a tipificar un acto como delito en su legislación nacional y a adoptar las medidas necesarias para que el

- autor sea procesado y sancionado por los tribunales nacionales. Sin embargo, al observar los resultados insatisfactorios en lo que respecta al castigo de los criminales de guerra hasta la fecha, resulta evidente que el mecanismo indicado no es siempre eficaz.
- 2. El Japón, reconociendo que el establecimiento de un tribunal penal internacional equitativo y neutro que cuente con el debido apoyo de la comunidad internacional y que tenga la finalidad de dilucidar la responsabilidad criminal de las personas que hayan cometido delitos de derecho internacional representa el objetivo último del derecho penal internacional apoya el establecimiento de tal tribunal. Por otra parte, es necesario que, al establecer dicho tribunal, se tomen debidamente en cuenta el estado actual de desarrollo del derecho penal internacional, la soberanía de los Estados y los requisitos constitucionales de los Estados. Al mismo tiempo, el tribunal debe ser un órgano que represente la norma más elevada de protección de los derechos humanos sobre la base de los resultados logrados por la comunidad internacional en esta esfera.
- 3. Deben asegurarse los tres puntos siguientes al establecer un tribunal penal internacional:
- a) deben respetarse los principios generales del derecho penal, incluidos el principio de la legalidad (nullum crimen sine lege), el de la celebración del juicio con las debidas garantías y el de la protección de los derechos humanos;
- b) debe garantizarse la eficacia de las actuaciones del tribunal;
- c) el tribunal debe ser un órgano realista y flexible que complemente el sistema existente.
- 4. El Japón reconoce que el proyecto de estatuto preparado por el Grupo de Trabajo de la Comisión de Derecho Internacional en su 45.º período de sesiones (1993) es una base adecuada para las deliberaciones futuras y una propuesta que toma debidamente en consideración los tres puntos referidos y las propuestas fundamentales de la Comisión de Derecho Internacional enumeradas en el informe del Grupo de Trabajo de 1992¹, propuestas que el Japón apoya plenamente.
- 5. Para que el tribunal sea verdaderamente eficaz debe ser establecido por un tratado en el que es fundamental que participe el mayor número de Estados posible. También es importante que el establecimiento del tribunal no afecte a sistemas tales como el adoptado en el caso de delitos relacionados con los estupefacientes, en los que el actual sistema internacional de aplicación de la ley ha funcionado bastante bien. A este respecto, es de apreciar el hecho de que la Comisión de Derecho Internacional haya adoptado un enfoque realista según el cual el tribunal, por lo menos en un principio, no debería tener jurisdicción vinculante, en el sentido de jurisdicción ipso facto y sin necesidad de ulterior acuerdo de un Estado Parte en el estatuto.
- 6. El Japón desea hacer algunas observaciones sobre los proyectos de artículos, con la esperanza de ofrecer alguna

¹ Anuario 1992, vol II (segunda parte), anexo, párr 4, págs 62 y 63

orientación para la labor futura de la Comisión. Se pide a ésta que tome en consideración estas observaciones y que revise y elabore cuidadosamente el actual proyecto de artículos. Las tareas que ha de realizar la Comisión tal vez sean difíciles. Sin embargo, el Japón confía en que la Comisión responda fructíferamente a estas cuestiones y cumpla el mandato que le ha asignado la Asamblea General de concluir la elaboración del estatuto en su 46.º período de sesiones. El Japón se reserva el derecho de presentar ulteriores observaciones acerca de la labor futura de la Comisión sobre este tema.

OBSERVACIONES SOBRE ALGUNOS ARTÍCULOS

Artículo 2

7. El establecimiento del tribunal como órgano judicial de las Naciones Unidas, según se propone en el artículo 2, es conveniente para lograr una sólida base y el pleno apoyo de la comunidad internacional al tribunal, si bien subsiste la cuestión técnica de cómo armonizar este objetivo con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas. Dado que el tribunal es, en principio, un órgano establecido por los Estados Partes en su estatuto, parece más factible, de momento, que la Comisión proponga que el tribunal se establezca en cuanto órgano que tenga algún tipo de vinculación oficial con las Naciones Unidas en virtud de un tratado de cooperación.

Artículos 6 a 13

8. La independencia y equidad de los jueces y del Fiscal es uno de los elementos más importantes del tribunal. Son dignas de elogio las medidas adoptadas en los párrafos 2, 4 y 5 del artículo 13 para acrecentar la independencia del Fiscal. Por otra parte, debe indicarse claramente en el estatuto que el Fiscal y el Fiscal Adjunto no pueden ser nacionales del mismo Estado.

Artículo 15

9. En relación con la independencia del Fiscal y del Fiscal Adjunto, el tribunal no debería tener autoridad para destituirlos. Debería preverse otro sistema para esa destitución, por ejemplo el voto mayoritario de los Estados Partes.

Artículo 19

10. Las normas relativas al procedimiento y a la prueba tienen una influencia directa sobre los derechos de los sospechosos/acusados. En consecuencia, no deben quedar a la discreción del tribunal, sino que han de enunciarse de manera más concreta y precisa en el propio estatuto.

Artículos 22 a 26 y 29

11. La estructura de esta parte del estatuto es algo complicada. El Japón, esforzándose por no modificar el contenido, ha reorganizado esta parte de la manera siguiente para hacerla más clara. En las observaciones del Japón a esta parte del estatuto se hará referencia, por lo tanto, a la nueva numeración siguiente de los artículos. (Entre paréntesis figuran los números correspondientes de los artículos del proyecto del Grupo de Trabajo de 1993.)

«La Corte tendrá competencia para el enjuiciamiento de los crímenes enumerados en los artículos I, II y III, cuando esa competencia *le haya sido atribuida* de conformidad con los artículos I', II', III' y X.

»Para que la Corte pueda conocer de un caso concreto, la denuncia pertinente deberá presentarse de conformidad con el artículo Y.

»ACEPTACIÓN DE LA COMPETENCIA POR LOS ESTADOS EN LOS CASOS DE CRÍMENES COMPRENDIDOS EN CONVEN-CIONES INTERNACIONALES

»Artículo I.—De la lista de los crímenes definidos por tratados (art. 22)

»Podrá atribuirse a la Corte competencia para el enjuiciamiento de los crímenes siguientes:

»a) el genocidio y los crímenes conexos definidos en los artículos II y III de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio;

»b) las infracciones graves:»

(Continúa el texto del artículo 22 del proyecto del Grupo de Trabajo.)

«Artículo I' (art. 24)

»1. DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE A TENOR DEL ARTÍCULO I

»La Corte será competente en virtud del presente Estatuto para enjuiciar cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo I, siempre que, de conformidad con el párrafo 2, esa competencia le haya sido cedida:

- »a) por todo Estado que tenga derecho a ejercer su jurisdicción en virtud del tratado pertinente para que el presunto culpable de ese crimen sea juzgado ante sus propios tribunales;
- »b) en relación con un supuesto caso de genocidio, por todo Estado Parte en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.»

(El proyecto de Estatuto del Grupo de Trabajo incluye un segundo párrafo referente a la aceptación de la competencia por ciertos Estados.)

«2. DE LA ACEPTACIÓN POR LOS ESTADOS DE LA COM-PETENCIA DE LA CORTE PARA EL ENJUICIAMIENTO DE LOS CRÍMENES ENUMERADOS EN EL ARTÍCULO I (ART. 23)

»Variante A

»a) Todo Estado Parte en el presente Estatuto que sea competente para el enjuiciamiento de uno o más de los crímenes a que se refiere el artículo I de conformidad con el tratado pertinente podrá en cualquier momento, mediante declaración depositada en poder

del Secretario, ceder a la Corte su competencia para el enjuiciamiento de ese crimen/esos crimenes;

- »b) Las declaraciones hechas de conformidad con el apartado a podrán estar limitadas:
 - »i) a un comportamiento determinado que presuntamente constituya uno de los crímenes a que se refiere el artículo I; o
 - »ii) a un comportamiento observado durante un período determinado, o podrán ser de aplicación general;
- »c) Las declaraciones a que se refiere el apartado a podrán hacerse por tiempo determinado, en cuyo caso no podrán ser retiradas antes de que haya vencido el plazo, o por tiempo indeterminado, en cuyo caso el retiro habrá de notificarse al Secretario con seis meses de antelación. El retiro no afectará a los procesos ya iniciados en virtud del presente Estatuto;
- »d) Todo Estado que no sea parte en el presente Estatuto y que sí lo sea en los tratados correspondientes del caso, podrá en cualquier momento, mediante declaración depositada en poder del Secretario, ceder a la Corte su competencia para el enjuiciamiento de uno de los crímenes a que se refiere el artículo que sea o pueda ser objeto de persecución procesal penal en virtud del presente Estatuto.»

(Pueden también elegirse las variantes B o C en lugar de la variante A.)

«Aceptación especial por los Estados de la competencia de la Corte en supuestos no regulados en el artículo I

»Articulo II' (art. 26, párr. 2, a)

»Todo crimen en virtud del derecho internacional general, es decir de una norma de derecho internacional aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma de carácter tan fundamental que su violación da lugar a la responsabilidad criminal individual.

»El Estado en cuyo territorio se hallare el presunto culpable y el Estado en cuyo territorio hubiere tenido lugar la acción u omisión de que se trate notificarán al Secretario por escrito, en relación con ese crimen, que consienten específicamente la competencia de la Corte para enjuiciar a unas personas o categorías de personas determinadas o ceden a la Corte tal competencia.

»Articulo III (art. 26, párr. 2, b)

»Todo crimen en virtud de una ley nacional, como los relacionados con los estupefacientes, destinada a dar efecto a una disposición de un tratado multilateral, como la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, que tenga por objeto la represión de tales crímenes, y que, a tenor de lo dispuesto en el tratado, constituya un crimen excepcionalmente grave.

»Artículo III' (art. 26, párr. 3, b)

»El Estado en cuyo territorio se hallare el presunto culpable y que tenga derecho en virtud del tratado a ejercer su jurisdicción para que el presunto culpable sea juzgado por ese crimen ante sus propios tribunales notificará al Secretario por escrito que cede específicamente al tribunal, en relación con ese crimen, su competencia para enjuiciar a determinadas personas o categorías de personas.

»Artículo X.—Competencia conferida a la Corte por el Consejo de Seguridad (art. 25)

»Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 27, la Corte será competente asimismo en virtud del presente Estatuto para conocer de los crímenes a que se refieren los artículos I o II si el Consejo de Seguridad (en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas) decide que esa competencia debe ser cedida a la Corte (por un Estado determinado).

»Articulo Y.—De la denuncia (art. 29)

»Todo Estado que haya cedido a la Corte, de conformidad con los artículos I', II' o III' del Estatuto, su jurisdicción para conocer del delito o el Consejo de Seguridad en el caso del artículo X, podrán señalar a la atención de la Corte mediante denuncia interpuesta ante el Secretario, acompañada de los documentos justificativos que estimen necesarios, que aparentemente se ha cometido un crimen cuyo enjuiciamiento es competencia de la Corte.»

- 12. Esta parte constituye el núcleo básico del estatuto. La Corte es competente cuando un Estado le cede su competencia intrínseca. En otras palabras, el estatuto se basa en el principio de la cesión de competencia. Esta es la teoría que queda mejor reflejada en el actual sistema de derecho penal internacional, en el sentido de que solamente son los Estados los que tienen y ejercen la jurisdicción penal y la jurisdicción de la Corte es cedida por los Estados y es ejercida por la Corte en nombre de ellos. Este principio permite también hacer comparecer a una persona ante un tribunal internacional estableciendo los derechos y deberes de los *Estados* (y no de las personas interesadas) en un tratado.
- 13. Aunque es evidente que este principio informa el estatuto, no aparece enunciado expresamente en sus artículos, lo que puede conducir a una interpretación errónea de esta parte del estatuto. Es importante que la Comisión de Derecho Internacional revise los artículos para que reflejen claramente este principio. Los artículos reorganizados en el párrafo 11 podrían ofrecer una solución a esta cuestión.
- 14. Se reconoce, por otra parte, que el estatuto permite a cada Estado decidir libremente si cede o no su competencia a la Corte, aunque una consecuencia natural que debería haberse indicado en el estatuto es que, una vez cedida la competencia, el Estado cedente carece ya de ella o, por lo menos, la Corte tiene una competencia preferente a la de los tribunales nacionales del Estado cedente.
- 15. En cuanto a los crímenes sometidos a la jurisdicción de la Corte, el Japón aprecia el sistema flexible y realista

adoptado en el estatuto, en el que los crímenes de derecho internacional establecidos en los tratados existentes constituyen el núcleo básico y el objeto principal, al mismo tiempo que puede ampliarse la jurisdicción de la Corte, a petición de algunos Estados calificados, a los crímenes de derecho internacional general o a los crímenes tipificados en una ley nacional promulgada para poner en práctica las disposiciones de un tratado multilateral, como los crímenes relacionados con los estupefacientes.

16. Según el estatuto, deben cumplirse tres condiciones para que la Corte enjuicie a un imputado: a) determinar si la Corte es competente para conocer de un caso; b) algunos Estados calificados o el Consejo de Seguridad deben formular la denuncia ante la Corte; c) cuando el acusado no se halle en el territorio del Estado o Estados denunciantes que han cedido la competencia a la Corte, se haga comparecer de algún modo al acusado ante ésta. El proyecto de estatuto en su estado actual enuncia la primera condición de manera bastante restrictiva, así como no insiste demasiado sobre la tercera condición, idea que resulta aceptable al Japón. Sin embargo, la primera condición no debe ser demasiado restrictiva, ya que la Corte jamás podrá funcionar eficazmente si debe cumplir demasiados requisitos para ejercer su jurisdicción. El Japón estima que los requisitos actualmente establecidos para la primera y la segunda condición en los artículos I', párrafo 1, II', III' e Y propuestos supra (artículos 24; 26 párrafo 3, apartados a y b, y 29 del estatuto) son en general aceptables y adecuados, salvo el requisito estipulado en el párrafo 2 del artículo 24 del estatuto, respecto del cual se expresa una opinión en el párrafo 22 infra.

Artículo I (art. 22)

- 17. Es importante que los crímenes enumerados en este artículo se limiten a los «crímenes de derecho internacional», cuya perpetración constituye un quebrantamiento del interés jurídico fundamental de la comunidad internacional. En consecuencia, no procede incluir en esta lista los crímenes relacionados con los estupefacientes, incluidos aquellos de que se ocupa la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, por dos razones: una es que los crímenes relacionados con los estupefacientes no son «crímenes de derecho internacional» y la segunda es que, dado que se ha establecido un mecanismo de colaboración internacional para la represión de esos crímenes, no es necesario ni conveniente extender la competencia de la Corte para el enjuiciamiento de esos delitos.
- 18. La Comisión debería examinar de nuevo cuidadosamente la inclusión en este artículo de los crímenes relacionados con el terrorismo internacional respecto de los cuales funciona eficazmente el sistema actual de aplicación de la ley en virtud de una jurisdicción universal.
- 19. Los nuevos tratados que establezcan crímenes de derecho internacional y que se concierten después de la entrada en vigor del estatuto podrían incluir disposiciones como el artículo 5 de la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid, en las que se haga referencia, de una u otra forma, a la posible utilización de la jurisdicción de la Corte entre los Estados Partes en el estatuto y en el tratado correspondiente.

Merecería estudiarse la inclusión de una nueva disposición en el estatuto que permitiera tal utilización sin recurrir necesariamente al proceso de revisión del mismo de conformidad con el artículo 21. Tal vez lo mejor fuera considerar los nuevos tratados como protocolos del estatuto válidos entre los Estados Partes en él y en los tratados correspondientes.

Artículo I', párrafo 1 (art. 24)

20. El apartado a del párrafo 1 se refiere a «todo Estado que tenga derecho a ejercer su jurisdicción en virtud del tratado pertinente para que el presunto culpable de ese crimen sea juzgado ante sus propios tribunales», noción que requiere una explicación. Entre los tratados enumerados en el artículo I (art. 22), cabe citar la Convención internacional contra la toma de rehenes, donde se establecen, según los casos, tres tipos de jurisdicción: a) la jurisdicción como una facultad discrecional de los Estados Partes, que estos pueden o no asumir (art. 5, párr. 1, apartado d); b) la jurisdicción primaria, cuando al Estado le corresponde asumir la jurisdicción (art. 5, párr. 1, apartados a a c); y c) la jurisdicción secundaria o complementaria, que nace cuando el Estado en cuyo territorio se encuentra el presunto culpable no extradita a éste a un Estado que tenga la jurisdicción primaria (art. 5, párr. 2). En esas condiciones, cabe interpretar que por «Estado que tenga derecho a ejercer su jurisdicción en virtud del tratado pertinente para que el presunto culpable... sea juzgado» se entiende un Estado competente, en virtud de su derecho interno o por otros motivos acordes con las disposiciones del tratado, para enjuiciar el crimen de que se trate. Convendría que la Comisión diera una clara interpretación de esa frase, tal como la que se ha indicado anteriormente.

Artículo I', párrafo 2 (art. 23)

21. El Japón apoya el sistema de «participación selectiva» expuesto en la variante A de este artículo, pues es el enfoque que mejor refleja la base consensual de la competencia de la Corte y concreta de la mejor manera el criterio flexible que caracterizó las propuestas básicas aceptadas por la CDI en su 44.º período de sesiones.

Artículo 24, párrafo 2

- 22. Debería suprimirse el párrafo 2 del artículo 24 por las razones siguientes:
- a) En general, la práctica de los Estados muestra que no es necesario pedir el consentimiento de otros Estados interesados (tal como el Estado del que sea nacional el presunto culpable o el Estado donde se hubiera cometido el crimen, según el caso) para que un Estado ejerza su jurisdicción penal. Teniendo en cuenta esta práctica, y dado que la competencia de la Corte es la que le ha sido cedida por el Estado que era competente inicialmente para enjuiciar un determinado crimen, no procede imponer a la Corte para que ejerza su competencia mayores y más gravosos requisitos que a un Estado;
- b) La razón de ser de la Corte se vería gravemente amenazada si no pudiera asumir la competencia cuando no se cumplieran esos requisitos;

c) El interés de un Estado por proteger a sus propios nacionales no puede ser motivo suficiente para impedir que la Corte adquiera competencia (es decir la primera condición expuesta en el párrafo 16 supra), por los motivos indicados en el apartado a. Cuando el presunto culpable se encuentre en el territorio del Estado del que es nacional y dicho Estado no haya consentido la competencia de la Corte, el éxito o fracaso de las actuaciones de la Corte no dependerá de si puede invocarse la competencia de la Corte para conocer el caso (es decir la primera condición), ya que podría invocarse tal competencia sin el consentimiento del Estado del que fuera nacional el presunto culpable, sino que dependería de si puede lograrse la transferencia de este último del Estado del que es nacional a la sede de la Corte (es decir la tercera condición enunciada en el párrafo 16 supra). El Japón podría reconsiderar su posición sobre este párrafo si la CDI no tuviera en cuenta sus observaciones al artículo 45 (véase el párrafo 29 *infra*).

Artículo X (art. 25)

- 23. Este artículo es importante ya que permite al Consejo de Seguridad recurrir a la Corte en lugar de crear un tribunal especial. Al Japón le preocupa que la expresión «por decisión del Consejo de Seguridad», contenida en este artículo, no sea muy clara. Dado que el estatuto se basa en el principio de la cesión de competencia, sería natural considerar que este artículo prevé el caso de que el Consejo de Seguridad, sobre la base de las medidas adoptadas en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, decida que un Estado determinado deba ceder su competencia a la Corte. Si la Comisión desea incluir en este artículo la posible asunción de competencia por la Corte en virtud de las medidas adoptadas por el Consejo de Seguridad con arreglo al Capítulo VI de la Carta de las Naciones Unidas, el Japón pide que la Comisión estudie con prudencia la oportunidad de esta idea y la posible relación en tal caso entre la competencia de la Corte y la de los tribunales nacionales.
- 24. Debe también estudiarse, en el caso previsto en este artículo, la cuestión de quién puede presentar la denuncia de conformidad con el artículo Y (art. 29): ¿debe ser sólo el Consejo de Seguridad o también otros Estados calificados?

Artículo II (art. 26, párr. 2, a)

25. Debe estudiarse más a fondo la definición de esta categoría de crímenes. El principio de legalidad obliga a que se definan claramente los elementos constitutivos de los crímenes y las penas aplicables. Se pide a la Comisión que elabore una posible solución para que se respete dicho principio en el caso de esta categoría de crímenes, por ejemplo incluyendo en el estatuto la lista de los eventuales crímenes comprendidos en esta categoría. Además, esos crímenes sólo podrán ser sancionados si han sido cometidos después de la entrada en vigor del estatuto.

Articulo 28

- 26. Para respetar de manera estricta el principio de legalidad deben definirse claramente conceptos tales como los elementos constitutivos de los crímenes, penas aplicables, circunstancias eximentes, circunstancias atenuantes, plazo de prescripción y complicidad. Si la Comisión no desea incluir estas definiciones en el propio estatuto, sería necesario recurrir para ello al derecho nacional, ya que el derecho penal internacional guarda en ocasiones silencio al respecto. En ese caso, el derecho nacional no puede ser una simple fuente subsidiaria sino una de las fuentes primarias del derecho aplicable.
- 27. La Comisión debe estudiar más a fondo cuál es el derecho aplicable en una situación o caso determinado. Una idea consiste en aplicar el derecho nacional del Estado que haya cedido su competencia a la Corte. También sería útil estudiar la aplicabilidad del derecho nacional del Estado en cuyo territorio se hubiera cometido el crimen.

Artículo 41

28. En lo que respecta a las palabras incluidas entre corchetes en el apartado a, el Japón opina que, incluso si un Estado Parte en un tratado no promulga una ley para poner en práctica las disposiciones del tratado, no es en absoluto contrario al principio de legalidad que la Corte sancione un crimen determinado sobre la base de dicho tratado, bastando la ratificación o adhesión y que sus disposiciones sean lo suficientemente claras para poder aplicarlas en lugar del derecho nacional.

Artículo 45

29. Una modalidad importante del principio de la cesión de competencia consiste en que, incluso cuando la Corte asume la competencia al habérsela cedido un Estado, ello no afecta a la competencia que otros Estados puedan tener respecto del mismo crimen. Desde este punto de vista, el párrafo 1 del artículo 45 es inapropiado, toda vez que si en virtud de esta disposición los tribunales nacionales de los Estados que no hubieran cedido su competencia a la Corte se vieran impedidos de enjuiciar a la persona (ejercer su jurisdicción sobre ella) porque ésta ya hubiera sido juzgada con arreglo al estatuto, el efecto sería el mismo que si hubiesen cedido su competencia a la Corte. Por ello, este párrafo sólo debería aplicarse a los tribunales nacionales de los Estados que hayan cedido su competencia a la Corte, y convendría que los demás tribunales estuvieran simplemente obligados a tener en cuenta la medida en que se hubiera cumplido cualquier sentencia impuesta por la Corte a la misma persona por el mismo acto. El Japón considera que este enfoque no es contrario al párrafo 7 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Artículo 53

30. En cuanto a las penas que han de imponerse, es muy importante que las aplique el derecho nacional que se

determine dentro del marco fijado por las normas internacionales. (Véanse también las observaciones del Japón al artículo 28 del estatuto en el párrafo 26 *supra*.)

Artículo 58

31. Debe hacerse referencia concreta, siguiendo los ejemplos mostrados en los artículos 33 y 63, a la asistencia judicial prestada por los Estados Partes en el estatuto que no han aceptado la competencia de la Corte respecto de un crimen y por los Estados que no son partes en el estatuto. Sobre todo si esos Estados tienen jurisdicción para enjuiciar el crimen en virtud del tratado correspondiente, es posible que esos Estados conduzcan la investigación del crimen. Es importante que se hagan todos los esfuerzos posibles por proporcionar a la Corte la información y las pruebas que hayan reunido esos Estados. Conviene también que los mecanismos para la asistencia judicial y la entrega del acusado a la Corte por parte de esos Estados sean considerados equivalentes a los que se aplican entre Estados.

Artículo 63

32. En lo que respecta al apartado c del párrafo 3, conviene que los Estados Partes traten de considerar la petición de entrega del acusado hecha por el tribunal de conformidad con las leyes pertinentes vigentes en los Estados Partes a quienes vaya dirigida la petición, por lo menos como si se tratara de una petición hecha por un Estado. A este respecto, sería útil mencionar en el estatuto que si un Estado Parte que condicione la extradición a la existencia de un tratado recibe una petición de extradición del tribunal, con la que no tiene celebrado un tratado de extradición, podrá, si decide acceder a la extradición, considerar el estatuto como la base jurídica para la extradición respecto de los crímenes de que se trate.

Kuwait

[Original: árabe] [3 de agosto de 1994]

OBSERVACIONES SOBRE ALGUNOS ARTÍCULOS

Artículo 2 (Relación entre el Tribunal y las Naciones Unidas)

1. En el artículo 2 se proponen dos variantes. De acuerdo con la primera, el tribunal sería un órgano de las Naciones Unidas y de acuerdo con la segunda su relación con las Naciones Unidas estaría determinada en virtud de lo dispuesto en el estatuto. La primera variante exigiría modificar la Carta de las Naciones Unidas para que el tribunal pudiera considerarse uno de sus órganos, mientras que en la segunda sería suficiente establecer algún tipo de vínculo con la Organización, como por ejemplo un tratado de cooperación como los que ya existen entre las Naciones Unidas y sus organismos especializados, o bien un tratado independiente en virtud del cual la Asamblea General elegiría a los jueces del tribunal. De este modo, el

tribunal, como órgano judicial de las Naciones Unidas, adquiriría la autoridad y permanencia necesarias. Por esta razón, y porque aceleraría la aprobación del estatuto del Tribunal, se debería aceptar la segunda definición. La primera, por el contrario, exigiría la modificación de la Carta de las Naciones Unidas, lo cual sería muy difícil en términos prácticos.

Artículo 9 (Independencia de los jueces)

2. El artículo 9 establece que los jueces son independientes y que no realizarán ninguna actividad que obstaculice el ejercicio de sus funciones judiciales o que pueda menoscabar la confianza en su independencia y que, en caso de duda, la Corte resolverá. Evidentemente, eso quiere decir que la Corte decidirá sobre si los jueces elegidos reúnen las condiciones necesarias. Por lo tanto, para clarificar el significado, convendría añadir al final del artículo las palabras «a ese respecto». La pregunta es cómo la Corte, cuando aún no esté constituida, podrá cerciorarse de que los jueces elegidos para ocupar sus puestos en el tribunal reúnen las condiciones mencionadas. La formación de la Corte, que estará compuesta de esos mismos jueces, será posterior a su nombramiento.

Artículo 11 (Recusación de los jueces)

- 3. El párrafo 1 establece que los jueces no participarán en ningún asunto en que hayan intervenido anteriormente en cualquier calidad o en el que pueda razonablemente ponerse en duda su imparcialidad por cualquier motivo, incluido un conflicto de intereses real, aparente o potencial. Está claro que el término «imparcialidad» no es intencionado o se trata simplemente de un error tipográfico porque lo que significa la expresión es la existencia de duda ante la parcialidad de los jueces y no lo contrario. Por lo tanto, el prefijo «im» se debería suprimir para evitar la confusión.
- 4. La recusación de los jueces en los asuntos en que hayan intervenido anteriormente en cualquier calidad o en el que pueda razonablemente ponerse en duda su parcialidad por cualquier motivo, aparente o potencial, tal como reza el artículo, se hace por supuesto extensiva a todas las opiniones expresadas anteriormente sobre el caso, sea de la forma que fuere, por ejemplo en el supuesto de que, en calidad de Fiscal o de Fiscal Adjunto, haya participado en la investigación del caso de alguna forma o bajo algún concepto o haya actuado como letrado de la defensa del acusado en alguna instrucción preparatoria.
- 5. Los párrafos 3 y 4 establecen que el acusado podrá asimismo pedir la recusación de un juez en virtud del párrafo 1, que cualquier cuestión relativa a la recusación de un juez será resuelta por decisión de la mayoría absoluta de los jueces que formen la Sala de que se trate, que la Sala será complementada a tal efecto por el Presidente y los dos Vicepresidentes de la Corte y que el juez recusado no tomará parte en la decisión.
- 6. Ante la posibilidad de que el número de jueces de aquel cuerpo, después de la exclusión del juez o jueces de que se trate sea par, se debería introducir una enmienda en

el párrafo 4 del artículo en virtud de la cual se estipule que cualquier cuestión relativa a la recusación de un juez será resuelta por decisión de la mayoría absoluta de los jueces que forman la Sala de que se trate y en caso de que haya empate prevalecerá el voto de calidad del Presidente. Debería también añadirse un párrafo 5 que limitara el número de jueces cuya recusación pueda pedir el acusado sea por la razón que fuese —con la excepción de que haya intervenido anteriormente a cualquier título en el asunto— para que el abuso por parte del acusado del derecho a pedir la recusación de un juez no cree una situación en la que no haya un número suficiente de jueces calificados para decidir sobre los cargos que se le imputan y, por consiguiente, haya que suspender el juicio.

Artículo 13 (Composición, funciones y atribuciones de la Fiscalia)

7. El párrafo 1 establece que la Fiscalía estará integrada por un Fiscal, que será el jefe de la Fiscalía, un Fiscal Adjunto y el personal técnico que sea necesario. Esto significa que, a pesar de que la composición de la Fiscalía incluye otro personal, el proyecto no establece los procedimientos de su nombramiento ni especifica qué garantías se les exigen a la hora de cumplir con sus obligaciones de ayuda al Fiscal y al Fiscal Adjunto. El proyecto tampoco especifica sus poderes y no hace referencia a cómo se determinarán, ni establece si se le aplican las mismas restricciones que son aplicables al Fiscal en virtud del párrafo 7 del artículo 13, es decir que no intervendrá en ningún asunto relacionado con una denuncia en que esté implicada una persona de la misma nacionalidad.

Artículo 15 (Separación del cargo)

8. El párrafo 2 establece que si el Fiscal, por acuerdo de la Corte adoptado por mayoría de dos tercios, fuere declarado culpable de falta cometida en el ejercicio de sus funciones o de infracción grave del estatuto, será separado de su cargo. En el párrafo 2 del comentario relativo al artículo se dice que un miembro del Grupo de Trabajo consideró extraño que el Fiscal pudiera ser separado de su cargo por un órgano diferente del que lo había elegido y estimó que esto podría comprometer su independencia ante la Corte. Kuwait está de acuerdo con esta opinión v considera que el Fiscal debería ser separado por el órgano que lo ha elegido y no por la Corte, que, de acuerdo con el párrafo 4 del artículo 16 del estatuto, no puede, a los efectos de asegurar su independencia, privar de su inmunidad del Fiscal. ¿Cómo puede, pues, decidir su separación del cargo?

Artículo 19 (Reglamento del Tribunal)

9. El artículo 19 establece que la Corte podrá, por mayoría de los jueces y recomendación de la Junta de Gobierno, dictar el reglamento aplicable al funcionamiento del tribunal, incluidas las normas por las que se rijan la dirección de la instrucción preparatoria, el procedimiento que habrá de seguirse y las normas sobre la producción de la prueba que hayan de aplicarse en cualquier proceso y cualquier otra cuestión que sea necesaria para la aplicación del estatuto. Dictar todas esas normas son

actos legislativos complementarios del estatuto que no forman parte de las funciones de los jueces. Por lo tanto, estas disposiciones deberían ser incorporadas o anexadas al estatuto, para que los jueces estén obligados a aplicarlas en los casos que traten, a diferencia del reglamento del tribunal, que puede ser dictado por los jueces de la Corte.

10. Kuwait considera que la ubicación del artículo 21 del estatuto es inapropiada pues debería formar parte de las disposiciones finales.

Artículo 23 (Aceptación por los Estados de la competencia de la Corte para el enjuiciamiento de los crimenes enumerados en el artículo 22)

11. El artículo 23 del proyecto ofrece tres variantes para la aceptación por los Estados de la competencia de la Corte para el enjuiciamiento de los crímenes enumerados en el artículo 22 (Lista de los crímenes definidos por tratados). Kuwait opina que la variante B va en el sentido de la finalidad del estatuto del futuro tribunal que es enjuiciar, en el ámbito de su competencia, a los imputados de perpetrar crímenes, a menos que el Estado Parte declare que no acepta la competencia de la Corte para el juzgamiento de uno o varios de los crímenes a que se refiere el artículo 22. Estas declaraciones, tal como establece expresamente el párrafo 3 del artículo 23, no afectarán a los procesos ya iniciados en virtud del estatuto. Por lo tanto, no impedirán que se terminen los trámites, es decir que finalicen las investigaciones o juicios que se pudieran haber iniciado en relación con cualquier cargo o crimen a los que hace referencia al artículo 22 del estatuto y no impedirán, por consiguiente, que lleguen a juicio y se obtengan los veredictos, según sea el caso. Es decir, que la declaración afectará solamente aquellos sucesos y acusaciones posteriores.

Artículo 25 (Asuntos sometidos a la Corte por el Consejo de Seguridad)

12. Kuwait está de acuerdo con las disposiciones del artículo 25. Ello permitiría que el Consejo de Seguridad utilizara la propuesta como alternativa a la formación de tribunales especiales. La Asamblea General de las Naciones Unidas debería también poder someter asuntos a la Corte, especialmente cuando el Consejo de Seguridad no puede aprobar una resolución a causa del uso del derecho de veto por uno de sus cinco miembros permanentes.

Artículo 31 (Inicio del proceso penal)

13. En el artículo 31 se prevé que una persona podrá ser detenida o presa en virtud del estatuto, por el período que en cada caso determine la Corte, pero no establece el período máximo de la detención. Esta es una medida excepcional que debe ser limitada y no debe mantenerse por un período tan largo que pueda considerarse una sanción.

Artículo 33 (Notificación del auto de procesamiento)

14. Se ha puesto de manifiesto que sería preferible que el estatuto del tribunal tuviera carácter vinculante. Todos los Estados que adhirieran al estatuto aceptarían, por el mismo acto, la competencia de la Corte y estarían obligados a observar sus solicitudes y decisiones en relación con las disposiciones de los artículos 24, 26, 29 y el párrafo 2 del artículo 33.

Artículo 37 (Constitución de Salas)

15. Kuwait comparte el punto de vista expresado en el comentario al artículo 37, según el cual la composición de las Salas debería determinarse anualmente siguiendo el principio de rotación para evitar cualquier duda de que se selecciona un juez determinado para la consideración de un caso concreto.

Artículo 38 (Cuestiones de competencia)

- 16. El artículo 38 inspira a Kuwait las siguientes observaciones:
- a) Las impugnaciones a la competencia de la Corte deben limitarse a los Estados que tienen un interés directo en el caso; los criterios que determinarían el interés en el caso, las objeciones y las impugnaciones serían las que prevé el derecho nacional;
- b) La cuestión de la competencia es un asunto fundamental del cual el proyecto exige que la Corte esté segura y que decida por sí misma que no tiene competencia, si se da el caso. Puesto que el proyecto da al acusado el derecho a impugnar la competencia de la Corte en cualquier momento, por analogía el Estado debería gozar del mismo derecho pues las razones son las mismas y en vista de que la acusación podría tener graves consecuencias para el acusado y para el Estado Parte;
- c) Sería preferible constituir una Sala que resolviera las impugnaciones relacionadas con el fundamento del procesamiento o competencia en la fase instructoria. Puesto que la Junta de Gobierno de la Corte actúa como Sala de procesamiento, puede considerar las impugnaciones que se le presenten. El hecho de que sea la Junta de Gobierno la que promueva el procesamiento no la exime de ello porque es, por encima de todo, un cuerpo judicial que se supone que no remite un caso al tribunal a menos que existan pruebas suficientes para sustanciar las acusaciones.

Artículo 41 [Principio de legalidad (nullum crimen sine lege)]

17. Kuwait no está de acuerdo con las palabras «y sus disposiciones fueren aplicables con respecto al acusado», que aparecen entre corchetes en el apartado a del artículo 41, a la luz del principio de la igualdad de la responsabilidad criminal de los diferentes individuos, independientemente del derecho nacional o de si un Estado Parte ha cumplido su compromiso de tipificar como delitos en su

derecho nacional los actos enumerados en los tratados internacionales.

Artículo 44 (Derechos del acusado)

18. Kuwait está de acuerdo con el juicio en rebeldía si se notificó al acusado y éste opta por no comparecer ante la Corte o si el acusado fue ya detenido y se da a la fuga. Por lo tanto, Kuwait comparte la formulación de la situación c por las razones de peso esgrimidas en el párrafo 3 del comentario al artículo y para dar al veredicto en rebeldía un valor disuasivo en manos de la comunidad internacional, promover la justicia y reafirmar el papel que desempeña el derecho internacional al castigar a cualquiera que se demuestre que ha cometido un crimen internacional. Kuwait considera también que los juicios en rebeldía deberían ser anulados si el acusado es detenido y que se le debería permitir presentar su defensa en aras de la justicia.

Artículo 45 [Efecto de cosa juzgada (non bis in idem)]

- 19. El artículo 45 sugiere a Kuwait las siguientes observaciones:
- a) Se da por supuesto que los Estados Partes habrán aprobado la competencia de la Corte y que, por lo tanto, no iniciarán ningún proceso si la Corte va a iniciar las investigaciones, con el fin de que el acusado no pueda ser llevado a juicio ante dos órganos judiciales a la vez. En este sentido, el proyecto debería abordar una serie de cuestiones en relación con lo que deben hacer los Estados Partes al llevar al acusado a juicio en sus tribunales nacionales cuando la Corte ha empezado ya las investigaciones y si ello significa que tienen las manos atadas o pueden continuar con el proceso;
- b) El apartado a del párrafo 2 establece que quienquiera que haya sido juzgado por otro tribunal en razón de hechos constitutivos de alguno de los crímenes a que se refieren los artículos 22 ó 26 sólo podrá ser juzgado posteriormente en virtud del estatuto si el hecho de que se trate estaba tipificado como crimen ordinario. El principio es que una persona no puede ser juzgada de nuevo por el mismo acto criminal incluso si ha estado tipificado de diferente manera. Por lo tanto, si un acto está tipificado como delito de agresión grave, la persona no puede ser juzgada de nuevo por el mismo acto tipificado como tortura o trato inhumano. Ello no impide que se pueda llevar a juicio a un acusado de cometer actos que constituyen un crimen internacional distinto de aquel por el cual fue juzgado.
- 20. Por otra parte, el apartado *b* del párrafo 2 del artículo aclara esta cuestión, porque cuando el juicio es un «simulacro» de proceso, es posible juzgar al acusado ante la Corte por el crimen tal como fue tipificado en virtud del derecho nacional o tipificado de otra forma.
- 21. Sin embargo, si el acusado puede ser procesado por el mismo acto tipificado como crimen internacional, se debe estipular que el tribunal internacional debe tener en cuenta cualquier pena que le haya sido impuesta por el tribunal nacional.

Artículo 50 (Quórum y mayoría requerida en las decisiones)

22. El artículo 37 establece que cada Sala de la Corte estará integrada por cinco jueces. El Gobierno de Kuwait estima que todos los jueces deberían estar presentes en cada fase del proceso, incluyendo las audiencias, las deliberaciones y la sentencia, con el fin de que el número de miembros de la Sala no fuera menor al estipulado en el artículo 37 y no fuera cinco en un caso y cuatro en otro, lo cual sí violaría el principio de igualdad de derechos entre los acusados. Por consiguiente, el artículo 50, al establecer que la presencia de cuatro jueces es suficiente, contraviene los principios mencionados.

Artículo 53 (Penas aplicables)

23. Kuwait considera que la determinación de las penas debería formar parte del derecho penal internacional y no de un código procesal y que una pena debería ser establecida para cada crimen de conformidad con el derecho relativo a crímenes y penas.

Artículo 55 (Apelación contra sentencias o penas)

- 24. El artículo 55 sugiere a Kuwait las observaciones siguientes:
- a) El artículo no prevé ningún plazo preciso para apelar la sentencia. Esto significa que una sentencia puede ser recurrida en cualquier momento, socavando así la consolidación de las sentencias del tribunal;
- b) La Sala de Apelaciones debería estar integrada por más miembros que la Sala que entiende del asunto en primera instancia, preferentemente siete;
- c) Debería establecerse que un juez que haya participado en el dictamen de la sentencia inicial no debería estar presente en el proceso de apelación, porque es una garantía fundamental de los procedimientos judiciales.
- 25. El Gobierno de Kuwait opina que, por razones de economía, no debería formarse una Sala de Apelaciones separada y también porque el número de apelaciones puede no ser lo suficientemente importante como para requerir la formación de una Sala separada. Más bien debería formarse, en la medida de las necesidades, con jueces distintos de los que dictaron la sentencia inicial.
- 26. Aunque en la mayoría de las constituciones se estipula que los ciudadanos o nacionales no pueden ser extraditados, cuando los Estados Partes aceptan la competencia de la Corte, ésta comparte competencias con los tribunales nacionales a la hora de considerar esos casos. Ello obliga a que, en caso de que la Corte así lo solicite, se pongan a su disposición los ciudadanos o nacionales acusados.

Malta

[Original inglés] [29 de junio de 1994]

OBSERVACIONES GENERALES

- 1. El Gobierno de Malta toma nota y recibe con agrado el informe del Grupo de Trabajo que contiene un amplio y sistemático conjunto de proyectos de artículos para el proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional.
- 2. El Gobierno de Malta apoya el establecimiento de un tribunal penal internacional. Este apoyo ha sido ya expresado por el Sr. Guido de Marco, Viceprimer Ministro y Ministro de Relaciones Exteriores de Malta durante la Conferencia Internacional sobre la Protección de las Víctimas de Guerra, que se celebró en Ginebra del 30 de agosto al 1.º de septiembre de 1993, y durante el debate general del cuadragésimo octavo período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Esta postura fue reiterada también durante la reunión de Jefes de Gobierno del Commonwealth, que se celebró en Chipre en octubre de 1993.
- 3. El Gobierno de Malta cree que la relación entre el tribunal y las Naciones Unidas es fundamental tanto para el establecimiento del tribunal como para su viabilidad a largo plazo. Por lo tanto, Malta prefiere que el tribunal sea un órgano de las Naciones Unidas. Sin embargo, a la luz de las dificultades prácticas y técnicas expuestas durante el debate del tema, especialmente la controversia sobre si esa opción requeriría una modificación de la Carta de las Naciones Unidas, Malta estaría de acuerdo con el establecimiento del tribunal mediante un estatuto en forma de tratado en el que participaran los Estados. En caso de que se aprobara esa segunda opción, sería imprescindible establecer, mediante los arreglos apropiados, una estrecha relación de colaboración entre el tribunal y las Naciones Unidas, pues ello reforzaría la autoridad y efectividad del tribunal y suscitaría el interés universal.

OBSERVACIONES SOBRE ALGUNOS ARTÍCULOS

- 4. El artículo 4 (Condición jurídica del Tribunal) establece un tribunal que no es un órgano de dedicación exclusiva sino que se reuniría cuando se le solicitase. Aun consciente de que esta opción es menos costosa y que, por lo tanto, resulta más atractiva a posibles partes en el estatuto, el Gobierno de Malta cree que la falta de continuidad del tribunal tendría por consecuencia su debilitamiento y la merma de su independencia y autoridad, lo que podría socavar su existencia. La posibilidad de que el Presidente del tribunal tenga dedicación exclusiva si las circunstancias así lo requieren, no soluciona el problema.
- 5. El resto de la primera parte, que va de los artículos 1 al 21, no plantea prácticamente ningún problema a Malta.
- 6. Malta comparte los principios aprobados por el Grupo de Trabajo en el sentido de que los jueces no pue-

dan presentarse a reelección. Al mismo tiempo, cree que el mandato de 12 años podría acortarse.

- 7. La segunda parte del proyecto (Competencia y derecho aplicable) constituye un importante intento de abordar una serie de cuestiones complejas. Malta comparte básicamente el modo en que el Grupo de Trabajo ha enfocado la competencia de la Corte ratione materiae. La compilación de una lista de crímenes definidos por los tratados, como la que figura en el artículo 22, puede constituir el núcleo de esa competencia. En este contexto, el establecimiento de un tribunal penal internacional dotado de competencia para juzgar crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, terrorismo internacional y tráfico internacional de estupefacientes dará un carácter institucional al tratamiento internacional de dichos delitos.
- 8. En relación con el artículo 23 (Aceptación por los Estados de la competencia de la Corte para el enjuiciamiento de los crímenes enumerados en el artículo 22), Malta reitera su posición a favor de un régimen de competencia flexible. Ello animaría a más Estados a ser partes en el estatuto. Los dos sistemas de «participación selectiva» (variantes B y C) darán por resultado permitir que los Estados que deseen ser partes en el estatuto decidan respecto de para qué crímenes estarían dispuestos a aceptar la competencia de la Corte. La presunción inicial a favor de la falta de competencia de la Corte en la variante A probablemente haría que esa alternativa inhibiera menos a los posibles Estados Partes.
- 9. Tomamos nota del hecho de que el proyecto de estatuto del Grupo de Trabajo separa el establecimiento del tribunal de la entrada en vigor del código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Cualquier vínculo entre el tribunal y el código podría ir en detrimento del pronto establecimiento del tribunal y, por lo tanto, debe evitarse.
- 10. Aunque entiende la lógica expuesta en el comentario del Grupo de Trabajo al artículo 25 (Asuntos sometidos a la Corte por el Consejo de Seguridad), Malta cree que el proyecto de artículo 25 podría ser mejorado a la luz del párrafo 2 del comentario.
- 11. Malta cree que el párrafo 2 del artículo 26 (Aceptación especial por los Estados de la competencia de la Corte en supuestos no regulados por el artículo 22), que prevé la competencia de la Corte en todo crimen en virtud del derecho internacional general, puede causar incertidumbres en cuanto a la correcta aplicación del principio nullum crimen sine lege, porque es discutible si esos crímenes se tipifican con una precisión que sea aceptable como base de competencia penal. Lo cual puede resultar difícil a Malta a la luz del párrafo 8 del Capítulo 39 de su Constitución, que establece:

Nadie podrá ser declarado culpable por una acción u omisión que, en el momento en que se cometió, no constituía infracción penal y no se impondrá una pena por ninguna infracción penal que sea, en grado o tipificación, más grave que la máxima pena que se hubiera podido imponer por aquella infracción en el momento en que se cometió.

12. Como se observará, este párrafo es muy similar al artículo 7 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, que habla del mismo principio casi literalmente, y del artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que tam-

- bién se muestra a favor de ese principio. Además, reconocer la competencia del tribunal penal internacional puede significar la necesidad de cambios constitucionales, así como tratados de extradición con los Estados Partes afectados y las Naciones Unidas. Ello implicaría necesariamente la introducción de una enorme cantidad de cambios en las legislaciones.
- 13. Malta está en gran medida de acuerdo con las partes tercera a séptima del proyecto de estatuto que tratan, entre otras, cuestiones procesales de gran importancia. Malta aprueba que el artículo 53 (Penas aplicables) no faculte a la Corte para imponer la pena capital. Por otra parte, la posibilidad, aunque restringida, de celebrar juicios en rebeldía, tal como prevé el párrafo 1, apartado h del artículo 44 (Derechos del acusado), no se debería incluir en el proyecto revisado del estatuto por el poco beneficio que puede aportar una justicia puramente declamatoria que se arriesga a posibles transgresiones de los derechos del acusado.

CONCLUSIONES

14. Malta espera que la Comisión de Derecho Internacional presente pronto una versión revisada del proyecto de estatuto preparado por el Grupo de Trabajo de 1993. El Gobierno de Malta cree que los trabajos de la CDI en este tema serán un factor determinante para colmar satisfactoriamente la creciente necesidad que tiene la comunidad internacional de una instancia penal internacional.

México

[Original: español] [15 de febrero de 1994]

OBSERVACIONES GENERALES

- 1. El Gobierno de México no pretende hacer un comentario exhaustivo del informe del Grupo de Trabajo de la Comisión de Derecho Internacional sobre el proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional, por lo que las observaciones se refieren sólo a aquellos puntos que considera deben analizarse con mayor cuidado en la cuestión del establecimiento de un tribunal penal internacional.
- 2. México expresa su reconocimiento al informe del Grupo de Trabajo de 1993. La profundidad con que ha abordado las diferentes cuestiones constituye, sin duda, una aportación significativa al desarrollo del tema, pero también pone de manifiesto los variados y complejos problemas a los que hay que hacer frente.
- 3. Se hace necesario así que el Grupo de Trabajo analice con detenimiento las observaciones presentadas por los distintos Estados tanto en los debates sostenidos en la Sexta Comisión de la Asamblea General durante su cuadragésimo octavo período ordinario de sesiones, como en

los comentarios que hubieren sido formulados con posterioridad.

OBSERVACIONES PARTICULARES

- 4. El tribunal propuesto en el proyecto de estatuto sería un órgano que entraría en funciones únicamente cuando un asunto fuere sometido a su consideración. Este tipo de mecanismo, por su pragmatismo, encontrará sin duda el respaldo de la comunidad internacional en general.
- 5. Respecto de la forma de creación, durante la pasada Asamblea General quedó de manifiesto el apoyo que la mayoría de los Estados brindaron a la idea de un tribunal establecido por la vía de un acuerdo internacional. México comparte tal idea y considera que, de resolverse los problemas de fondo que plantea el establecimiento de una jurisdicción penal internacional, el mecanismo a instaurar deberá definirse en un tratado internacional en el que cada Estado se obligue de la manera que estime conveniente y en el que el respeto al principio res inter alios acta se encuentre plenamente garantizado.
- 6. La vinculación del tribunal con las Naciones Unidas es una cuestión que ha sido abordada de manera diversa. Si bien la mayoría reconoce la necesidad de una relación con el sistema de las Naciones Unidas, la forma de hacerlo es aún debatida. Por tratarse de un mecanismo jurisdiccional en el que la imparcialidad y la independencia se convierten en atributos esenciales, México considera que la relación con las Naciones Unidas debe limitarse a un acuerdo de colaboración. El tribunal no debe concebirse como un órgano de las Naciones Unidas como aparece propuesto, aun entre corchetes, en el artículo 2.
- 7. Los artículos 19 y 20 del proyecto de estatuto confieren a la Corte la facultad de dictar su reglamento interno, las reglas de procedimiento, las reglas en materia probatoria y en general todas las reglas necesarias para la correcta aplicación del estatuto. Tal facultad se considera demasiado amplia. En aras de la seguridad jurídica, resultaría preferible que dentro del estatuto se establecieran, de la manera más clara posible, las reglas que regirían la actuación de la Corte, dejando para ésta únicamente la facultad de emitir disposiciones administrativas.
- 8. El respeto del principio nullum crimen sin lege, nulla poena sine lege obliga a poner especial atención en los crímenes sobre los que se conferiría competencia al tribunal. Se considera que sólo crímenes internacionales excepcionalmente graves deberían caer dentro de su ámbito de acción. En este sentido, la lista contenida en el artículo 22 (Lista de los crímenes definidos por tratados) debe analizarse con mayor detenimiento, ya que no es suficiente que un crimen se prevea en un tratado internacional para conferir por ese solo hecho competencia al tribunal.
- 9. Por otra parte, las disposiciones previstas en los artículos 25 y 26 del proyecto de estatuto, las cuales conferirían al Consejo de Seguridad facultades para someter asuntos al tribunal y otorgarían competencia a éste para conocer de violaciones a normas imperativas de derecho internacional y de crímenes excepcionalmente graves previstos en legislaciones nacionales, generan en la práctica

- serios problemas de legalidad, por lo que un estudio profundo de su alcance, a la luz de la naturaleza jurídica del derecho penal, se hace indispensable.
- 10. Uno de los problemas que también se presentan en el establecimiento de un tribunal penal internacional radica, sin duda, en la cuestión del derecho sustantivo aplicable. El artículo 28 determina que en la resolución de los casos que le sean sometidos, la Corte aplicará el estatuto, los tratados internacionales, las reglas y principios generales de derecho internacional y de manera subsidiaria cualquier regla de derecho nacional. Una disposición de tal magnitud, que deja a la discreción de la Corte la elección de la norma a aplicar, además de abrir la puerta a la inseguridad jurídica atenta contra el principio de legalidad, fundamental en materia penal. Se requiere, en este sentido, avanzar primero en la integración de las normas sustantivas del derecho penal internacional.
- 11. En materia de cooperación internacional y asistencia judicial, se hace necesario que los mecanismos que se prevean para la entrega de presuntos responsables al tribunal tengan siempre en cuenta la necesidad de respetar en todo momento las garantías de legalidad que conceden las leyes locales, por regla general, a las personas. En la medida en que esta preocupación se refleje y resuelva en el estatuto, podrá obtenerse un mayor apoyo de la comunidad internacional. Los juicios en ausencia, las opiniones disidentes, la cuestión del doble juicio y la apelación generan aún considerables preocupaciones entre los miembros de la comunidad internacional. No son pocos los problemas que plantea el establecimiento de una jurisdicción penal internacional. Sin embargo, México confía en que el Grupo de Trabajo sabrá encontrar las soluciones satisfactorias.
- 12. Sólo un tribunal que tenga por objeto garantizar el verdadero cumplimiento del derecho, en el que la eficacia, la legalidad y la imparcialidad se conjuguen y complementen, podrá obtener el respaldo de la comunidad internacional.

Noruega

[Véase Países nórdicos]

Nueva Zelandia

[Original: inglés] [23 de febrero de 1994]

1. En respuesta a la invitación formulada por la Asamblea General en su resolución 48/31 de 9 de diciembre de 1993, el Gobierno de Nueva Zelandia presenta las observaciones siguientes al proyecto de estatuto para el establecimiento de un tribunal penal internacional preparado por la Comisión de Derecho Internacional.

OBSERVACIONES SOBRE ALGUNOS ARTÍCULOS

Artículo 2 (Relación entre el Tribunal y las Naciones Unidas)

2. Nueva Zelandia considera que un tribunal penal internacional debería ser establecido mediante un estatuto suscrito como tratado entre los Estados Partes. En su opinión, la forma que adopte la relación del tribunal con las Naciones Unidas no es una cuestión fundamental dentro del proyecto de estatuto. El propósito del tribunal es la administración de justicia penal para la comunidad internacional, y tal vez sea necesario que este importante papel se manifieste dando al tribunal la categoría judicial que corresponde dentro del sistema de las Naciones Unidas, como es el caso de la Corte Internacional de Justicia. Por consiguiente, aunque nos complacería ver al tribunal establecido como órgano judicial de las Naciones Unidas, es no obstante necesario seguir examinado la viabilidad y facilidad de proceder en esta forma dentro de los términos de la Carta de las Naciones Unidas.

Artículo 7 (Elección de los jueces)

- 3. Nueva Zelandia es consciente de que el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia proporciona un precedente para el procedimiento de nombramiento de candidatos que figura en el artículo 7, párrafo 2. Por otra parte, el tribunal será un órgano permanente más bien que un órgano ad hoc. Un proceso de nombramiento de candidatos comparable al establecido en el artículo 4 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, con arreglo al cual los candidatos son propuestos por un órgano independiente y no por los Estados Partes, podría mejorar la calidad de los miembros del tribunal.
- 4. El artículo 7 del proyecto se aparta del modelo proporcionado por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en varios aspectos. En opinión de Nueva Zelandia, la duración del mandato se debería reducir de doce a nueve años, a fin de que concordara con el mandato de los jueces de la CIJ (artículo 13 del Estatuto de la CIJ).
- 5. Además, a Nueva Zelandia no le parecen convincentes las razones que se dan para el principio de la no reelección. Tanto en el Estatuto de la CIJ como en el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia existen disposiciones sobre la reelección de los jueces. Convendría reexaminar la cuestión con miras a establecer un período más corto unido a la posibilidad de reelección.

Artículo 19 (Reglamento del Tribunal)

Artículo 20 (Reglamento de la Corte)

6. Se ha formulado una distinción útil entre el reglamento del tribunal (art. 19) y el reglamento de la Corte (art. 20). En opinión de Nueva Zelandia, es conveniente que existan facultades generales de reglamentación y que las normas sobre procedimiento y las normas sobre prueba se publiquen. El artículo 20, tal como está redactado, se limita a permitir que la Corte determine su propio procedimiento interno.

Artículo 21 (Revisión del Estatuto)

7. Nueva Zelandia es partidaria de la revisión después de cinco años establecida en el artículo 21. También sería partidaria de que se agregara una disposición según la cual se celebraría una conferencia de revisión cada cinco años. La opción de revisión es importante en relación con las disposiciones sobre competencia que figuran en la segunda parte del estatuto. Nueva Zelandia convendría en que la ubicación más conveniente para el presente artículo sería en las cláusulas finales del estatuto.

Artículo 22 (Lista de los crímenes definidos por tratados)

- 8. Nueva Zelandia es partidaria de la redacción actual del artículo 22. Es importante para la credibilidad del tribunal penal internacional que cuente desde un comienzo con una fuerte base consensual. De ello se desprende, por consiguiente, que las responsabilidades jurisdiccionales más amplias del tribunal deberían referirse a un conjunto convenido de crímenes internacionales respecto de los cuales un gran número de Estados aceptara sin más la competencia del tribunal. Nueva Zelandia está de acuerdo con la lista de crímenes internacionales basados en tratados compilada por la CDI. Debería también considerarse la posibilidad de agregar otros crímenes internacionales especialmente graves e importantes, en particular la agresión y los crímenes de guerra que no constituyen «infracciones graves» según los términos del artículo 22, apartado b.
- 9. Nueva Zelandia está de acuerdo con la distinción entre los tratados que definen ciertos crímenes como «crímenes internacionales» y los tratados en que los crímenes son más bien una cuestión de derecho interno que de derecho internacional. Nueva Zelandia estima que esta distinción debe mantenerse cuando se considere la posibilidad de agregar en el futuro nuevos crímenes a la lista del artículo 22.
- 10. Nueva Zelandia observa que se ha expresado cierto apoyo a la inclusión, en el artículo 22, de algunos crímenes relacionados con los estupefacientes, entre ellos el tráfico ilícito de estupefacientes a través de las fronteras nacionales, el blanqueo de dinero procedente del narcotráfico y las actividades de los narcoterroristas que ponen en peligro la paz y la seguridad internacionales. Si bien reconoce plenamente la gravedad de tales crímenes, Nueva Zelandia estima que la competencia del tribunal para el enjuiciamiento de ellos debería ser considerada únicamente en el artículo 26, como cuestión de aceptación especial por los Estados.
- 11. Nueva Zelandia toma nota de las dificultades que supone decidir si la tortura (tal como está contemplada en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, reúne también las condiciones para ser incluida en la lista de crímenes del artículo 22. Nueva Zelandia comparte la opinión (véase comentario del Grupo de Trabajo al art. 22) de que debe establecerse un límite entre las dos normas de competencia, pero es necesario seguir considerando la ubicación que se dará al crimen de tortura.

- Artículo 23 (Aceptación por los Estados de la competencia de la Corte para el enjuiciamiento de los crímenes enumerados en el artículo 22)
- 12. Teóricamente, la competencia de la Corte sería obligatoria para los Estados que se obliguen por el solo hecho de hacerse partes en su estatuto. Sin embargo, Nueva Zelandia reconoce que en la práctica es poco probable que ello logre el apoyo más amplio posible de la comunidad internacional para el tribunal penal internacional.
- 13. Con respecto al artículo 23, Nueva Zelandia estima que la flexibilidad que ofrece la variante A puede debilitar la eficacia del funcionamiento de la Corte. Es preferible la variante B como mecanismo para lograr una base jurisdiccional sólida y cierta para la Corte con respecto a los crímenes enumerados en el artículo 22. Si se aprueba la variante B, Nueva Zelandia sugiere que se incluya en ella también el párrafo 4 de la variante A, por el cual los Estados que no sean partes en el estatuto pueden aceptar la competencia de la Corte para el enjuiciamiento de todas o algunas de las categorías de crímenes a que se refiere el artículo 22.
- Artículo 24 (De la competencia de la Corte a tenor del artículo 22)
- 14. No está claro si el párrafo 2 del artículo 24 se aplica al caso de los asuntos sometidos a la Corte por el Consejo de Seguridad en virtud del artículo 25. A falta de razones de peso para que ello no sea así, Nueva Zelandia estima que se debe aplicar. Si corresponde que el Estado interesado acepte la competencia de la Corte en las circunstancias descritas en el párrafo 2 del artículo 24, parece justo que también la acepte cuando dicha competencia haya sido invocada por el Consejo de Seguridad y no por un Estado demandante con competencia propia para juzgar el caso (artículo 24, párrafo 1). Sin embargo, es evidente que ello no sería así si el Consejo de Seguridad, al someter un asunto a la Corte, estuviera actuando de conformidad con las facultades que le confiere el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.
- Articulo 25 (Asuntos sometidos a la Corte por el Consejo de Seguridad)
- 15. La cuestión de la relación entre el tribunal penal internacional y el Consejo de Seguridad tiene importancia fundamental. En vista de la importante responsabilidad que cabe al Consejo de Seguridad en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, Nueva Zelandia concuerda con la opinión de que hay razones de principio para disponer que el Consejo de Seguridad pueda someter asuntos a la Corte. La facultad del Consejo de Seguridad de someter asuntos a la Corte es tanto más necesaria cuanto que, de no ser así, las investigaciones sólo se iniciarían en virtud de una denuncia de los Estados.
- 16. Al parecer no se prevé que el Consejo de Seguridad someta un «asunto» en el sentido de una denuncia contra determinadas personas, sino que por lo general sometería a la Corte una situación de agresión, dejando que el Fiscal

- del tribunal hiciera las investigaciones del caso y acusara a determinadas personas. A juicio de Nueva Zelandia, debería dejarse en claro que el artículo 25, al establecer el derecho del Consejo de Seguridad a someter asuntos a la Corte, está sujeto al ámbito de las facultades concedidas al Consejo de Seguridad en virtud de la Carta de las Naciones Unidas y no interfiere en dichas facultades en forma alguna.
- 17. Nueva Zelandia duda de que sea posible hacer extensiva a la Asamblea General esta facultad de someter asuntos a la Corte, teniendo en cuenta la función y las facultades diferentes que la Carta de las Naciones Unidas asigna a la Asamblea General.
- Artículo 26 (Aceptación especial por los Estados de la competencia de la Corte en supuestos no regulados en el artículo 22)
- 18. Está claro que la competencia *ratione materiae* de la Corte debe limitarse a los crímenes de carácter internacional. Tales crímenes se pueden identificar en relación con los tratados en vigor. Sin embargo, Nueva Zelandia reconoce también la necesidad de considerar la aplicación del derecho consuetudinario a este respecto.
- 19. El Gobierno de Nueva Zelandia comparte la idea de que, en principio, debe atribuirse competencia a la Corte con respecto a los crímenes reconocidos por el derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, en principio también es necesario que los actos que constituyen crímenes internacionales y están sujetos a la jurisdicción de un tribunal penal internacional se especifiquen con la mayor claridad y precisión posibles. En consecuencia, Nueva Zelandia sería partidaria de una redacción más detallada del párrafo 2, apartado a del artículo 26.

Articulo 29 (Denuncia)

20. Nueva Zelandia entiende que se debe autorizar al Fiscal para que inicie una investigación sin que medie denuncia cuando se trate de un crimen que aparentemente sea de la competencia de la Corte pero respecto del cual el Fiscal haya determinado que no hay ningún Estado dispuesto a enjuiciarlo o capacitado para ello. Nueva Zelandia observa que se ha investido al Secretario General de las Naciones Unidas de facultades bastante similares en virtud del Artículo 99 de la Carta, con arreglo al cual el Secretario General puede señalar asuntos a la atención del Consejo de Seguridad. Observa también que en el párrafo 2 del artículo 32 (Procesamiento) y en el artículo 38 (Cuestiones de competencia) se establecen medios para prevenir una ampliación abusiva de las facultades del Fiscal.

Artículo 30 (Instrucción y petición de procesamiento)

21. Con respecto al párrafo 1 del artículo, Nueva Zelandia pone en duda que la Junta de Gobierno deba estar facultada para ordenar al Fiscal que inicie una investigación en los casos en que el Fiscal haya decidido no hacerlo. Es probable que el ejercicio de tal facultad sea

considerado por un sospechoso o un Estado agraviados como señal de predisposición o prejuicio y que obstaculice el ejercicio independiente de las funciones del cargo por parte del Fiscal.

22. Nueva Zelandia aprueba que el párrafo 4 del artículo disponga que se garanticen los derechos de una persona durante la etapa de instrucción del proceso antes de que esa persona haya sido acusada efectivamente de un crimen.

Artículo 38 (Cuestiones de competencia)

23. El Gobierno de Nueva Zelandia concuerda con el criterio adoptado en el artículo de que, con arreglo a que la Corte recibe un mandato colectivo de todos los Estados Partes, cualesquiera de los Estados Partes debería poder impugnar la competencia de la Corte y no sólo aquellos Estados directamente interesados en el caso.

Artículo 41 [Principio de legalidad (nullum crimen sine lege)]

24. El Gobierno de Nueva Zelandia estima que, en lugar de mantener el texto que figura entre corchetes en el apartado a, lo que el estatuto debe aclarar aquí es si la disposición se refiere a los tratados en vigor en general o respecto del Estado que tiene jurisdicción sobre la persona interesada. Nueva Zelandia supone que la intención ha sido referirse a esto último, cosa que se debe aclarar.

Artículo 44 (Derechos del acusado)

- 25. Nueva Zelandia estima que el párrafo 1, apartado *b* del artículo debería garantizar directamente el derecho del acusado a llevar a cabo su defensa y a contar con la asistencia de un defensor y no simplemente garantizar el derecho del acusado a ser informado de tales cuestiones.
- 26. Con respecto al fondo de los derechos enumerados en el apartado b antes mencionado, sería preferible que en lugar de «recursos» se dijera «recursos suficientes», de manera que no cupiera la interpretación de que el acusado debe agotar todos sus recursos antes de tener derecho a un defensor. También debería quedar en claro que los servicios del defensor serán a la vez «adecuados» y «gratuitos»
- 27. El Gobierno de Nueva Zelandia se opone a los juicios en rebeldía y está en desacuerdo con lo dispuesto en el párrafo 1, apartado h del artículo 44. El derecho a estar presente en el propio juicio es un principio fundamental que, como la propia CDI observa, está consagrado en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Nueva Zelandia concuerda plenamente con las opiniones del Secretario General expresadas en su informe sobre el establecimiento de un Tribunal Internacional para el enjuiciamiento los crímenes de guerra cometidos en la ex Yugoslavia, presentado de conformidad con el párrafo 2 de la resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad:

Es axiomático que el Tribunal Internacional, en todas las etapas de sus actuaciones, debe respetar plenamente las normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos del acusado. En opinión del Secretario General, esas normas internacionalmente reconocidas son, en particular, las que figuran en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹.

Vale la pena observar que el artículo 21 del estatuto de ese tribunal no permite los juicios en rebeldía.

- 28. A pesar de las dificultades que supone, en algunos casos, hacer comparecer a un presunto culpable ante la Corte, dado que no existen mecanismos internacionales que lo obliguen a ello, no convencen a Nueva Zelandia los argumentos esgrimidos en favor de desestimar el principio de que no debe haber juicios en rebeldía. Uno de los incidentes de los procedimientos penales que puede ocurrir consiste precisamente en que el acusado puede tratar de obstaculizar el curso de la justicia. De ello no se sigue que deba hacerse una excepción al principio porque la Corte esté ocupándose de los crímenes internacionales más graves. Puede sostenerse igualmente que mientras más grave sea el delito, más importante es que se mantengan los derechos y garantías fundamentales.
- 29. El Gobierno de Nueva Zelandia no considera que una condena en rebeldía pudiera constituir algún tipo de «juicio moral» o sanción. Es más probable que se estimara que tales sentencias pondrían al tribunal internacional por encima de la ley y debilitarían su credibilidad para actuar imparcialmente y dentro de las normas de derechos humanos establecidas. Tampoco considera Nueva Zelandia que se pueda respetar el principio limitando las situaciones en que cabe hacer excepciones. A juicio de Nueva Zelandia, el principio debe cumplirse de conformidad con la legislación internacional existente sobre derechos humanos.

Artículo 45 [Efecto de cosa juzgada (non bis in idem)]

30. Nueva Zelandia se opone en principio a cualquier menoscabo del principio de cosa juzgada (non bis in idem). Observa que el artículo 45 ha sido redactado cuidadosamente de manera que la función de la Corte pueda considerarse más bien como una función de apelación o revisión con respecto a los tribunales nacionales. Se observa asimismo que el artículo 45 sigue de cerca al artículo 10 del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia y que las circunstancias en que se aplica son excepcionales. Requiere, sin embargo, un examen más profundo determinar si el apartado a, párrafo 2 del artículo 45 es adecuado en este contexto, habida cuenta de que la base jurisdiccional de la Corte será mucho más amplia que la del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia.

Artículo 51 (Sentencia)

31. En relación con el párrafo 2 del artículo, el Gobierno de Nueva Zelandia es partidario de que se permitan las opiniones disidentes en primera instancia. Sería erróneo en principio impedir que los jueces expresaran sus opiniones. Además, ello pondría a la Corte en una situación diferente y de inferioridad tanto con respecto a la Corte Internacional de Justicia como al Tribunal Inter-

¹ S/25704, párr. 106.

nacional para la ex Yugoslavia a este respecto. Las opiniones disidentes o separadas también serían muy importantes para la jurisprudencia de la Corte y para los acusados que decidieran apelar de sus sentencias y para las Salas de Apelación cuando consideraran la posibilidad de dejar sin efecto las condenas.

Artículo 58 (Cooperación internacional y asistencia judicial)

32. Este artículo se basa en gran parte en el artículo 29 del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia. Nueva Zelandia observa que los Estados Partes deberán ocuparse de varios puntos al promulgar la legislación interna necesaria de conformidad con este artículo. Por lo tanto, se podrían considerar otros asuntos que son importantes para los países en términos de su legislación interna. Entre ellos están la cuestión de si se podrían prever razones por las cuales se denegaría una petición de asistencia; la cuestión de determinar a cargo de quién son los costos cuando se presta asistencia sustancial; y la cuestión del cumplimiento de las diligencias obligatorias dentro de los límites de que disponen las autoridades nacionales encargadas de hacer cumplir las leyes.

Artículo 61 (Comunicaciones y tenor de la documentación)

- 33. También se debería considerar la posibilidad de que el párrafo 3 del artículo disponga que las peticiones incluyan los elementos siguientes:
- a) Detalles acerca de la forma en que se deberá proporcionar la información consistente en elementos de prueba. Puede requerirse que se proporcionen en una forma determinada para que sean admisibles más tarde en la Corte;
- b) Una declaración acerca de los deseos de la Corte relativos a la confidencialidad y, dado el caso, los motivos que fundamentan dicha confidencialidad cuando ésta se requiera;
- c) El plazo deseado para que se cumpla con lo solicitado por la Corte.

Artículo 63 (Entrega de un procesado para ponerlo a disposición del Tribunal)

34. En relación con el párrafo 6 del artículo, Nueva Zclandia estima que la facultad de aplazar el cumplimiento de lo establecido en el párrafo 3 debería hacerse extensiva a las personas que sufren desórdenes mentales (dementes) o que se encuentran demasiado enfermas para viajar y comparecer en juicio.

Conclusión

35. Varias disposiciones del proyecto de estatuto se refieren a la relación entre los tribunales y los procedimientos nacionales, por una parte, y el tribunal penal internacional, por la otra, con respecto a los crímenes de

que se trata. Debería considerarse la posibilidad de incluir una referencia adecuada, tal vez en el preámbulo del estatuto, a esta relación y al papel que desempeñan, respectivamente, los procedimientos nacionales e internacionales y a su carácter complementario.

Países nórdicos

[Original: inglés] [15 de febrero de 1994]

OBSERVACIONES GENERALES

- 1. Como ya se señaló en la declaración de los países nórdicos sobre este tema en el debate celebrado en la Sexta Comisión de la Asamblea General en su cuadragésimo octavo período de sesiones¹, la CDI es digna de encomio por su labor preparatoria de este proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional. El establecimiento de un tribunal penal internacional es un proyecto de la máxima importancia para la comunidad internacional. La tarea es difícil y delicada pero, por supuesto, realizable. El espíritu de cooperación con el que los Estados han debatido recientemente el tema es alentador.
- 2. En los párrafos siguientes se recogen las observaciones de los países nórdicos sobre los proyectos de artículos y sobre cuestiones específicas a las que se hace referencia en los comentarios. Como observación preliminar de carácter general conviene precisar que los aspectos procesales del estatuto no deberían quedar expuestos en forma de principios generales sino tratarse de la manera más precisa posible.

OBSERVACIONES SOBRE ALGUNOS ARTÍCULOS

PRIMERA PARTE.—CREACIÓN Y COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL

Artículo 2 (Relación entre el Tribunal y las Naciones Unidas)

3. Las dos variantes que se presentan en este artículo no tienen ninguna relación con la independencia del tribunal. Los países nórdicos prefieren claramente que el tribunal sea un órgano judicial de las Naciones Unidas. El tribunal debe recibir un claro mandato de las Naciones Unidas a fin de mantener su permanencia y su legitimidad. Además, ello daría al tribunal una mayor aceptación y no sería necesaria ninguna burocracia separada con, por ejemplo, un comité permanente. Entre los posibles modelos que cabría examinar a este respecto se encuentran los arreglos similares a los realizados para el establecimiento del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas.

¹ Véase Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo periodo de sesiones, Sexta Comisión, 26.ª sesión.

4. Si el tribunal no fuera un órgano de las Naciones Unidas habría que asegurar una relación formal con la Organización. Una posibilidad podría deducirse del examen del párrafo 9 de la resolución 47/111 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 1992. En esa resolución, la Asamblea General preveía ciertas disposiciones en relación con los órganos creados en virtud de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Artículo 5 (Órganos del Tribunal)

5. Los países nórdicos desean subrayar la importancia de asegurar que el Fiscal tenga una función independiente en relación con la Corte.

Artículo 8 (Provisión de vacantes)

6. Según este artículo, los jueces elegidos para cubrir una vacante desempeñarán el cargo por un período de tiempo considerablemente más largo (16 años) que los jueces elegidos con arreglo al proceso ordinario. Ello puede resultar desaconsejable y convendría reexaminar la justificación de ese mandato ampliado.

Artículo 10 (Elección y funciones del Presidente y los Vicepresidentes)

7. La Junta de Gobierno debería tener ante todo funciones administrativas. Si se le confiaran otras funciones surge el riesgo de recusación. Tal sistema podría llevar a una vaga distribución de poderes dentro del tribunal. Conviene además advertir que todas las fases del proceso decisorio de un caso deberían caer bajo la responsabilidad de la Sala pertinente, y nunca de la Junta de Gobierno.

Artículo 11 (Recusación de los jueces)

- 8. Es absolutamente esencial que el tribunal dé ejemplo de independencia en todos los casos, hecho que justifica la importancia de este artículo para la totalidad del estatuto del tribunal. Se debería estudiar la posibilidad de aclarar los tipos de situaciones que dan lugar a la recusación. Cabe advertir aquí que el párrafo 4 del artículo 37 (Constitución de las Salas) trata precisamente de este tema en relación con individuos de la misma nacionalidad.
- 9. Se plantearía un problema en caso de recusación del Presidente y de alguno de los Vicepresidentes como resultado del requisito que estipula la participación del Presidente y los dos Vicepresidentes en los procedimientos de recusación. El texto debería requerir la participación de los miembros de la Sala y de un miembro de la Junta de Gobierno.
- 10. En principio, no es aconsejable limitar a un juez el derecho de recusación del acusado. De ello se desprende que no debería establecerse un límite al número de jueces que se pueden recusar. Ello es importante para que el tri-

bunal conserve una imagen de imparcialidad, que es esencial para asegurarle una legitimidad permanente e inatacable.

Artículo 13 (Composición, funciones y atribuciones de la Fiscalía)

11. Las garantías del debido proceso indican la necesidad de establecer también normas para la recusación del Fiscal. Además, se debería incluir una disposición según la cual el Fiscal y el Fiscal Adjunto deberían ser de nacionalidades diferentes.

Artículo 16 (Privilegios e inmunidades)

- 12. Se debería decidir si los honorarios por los servicios prestados por las personas citadas en este artículo están sujetos a impuestos. Como en la mayoría de los casos se trata de funciones a tiempo parcial, cabe sostener que no se justifica una exención.
- 13. En cuanto al párrafo 4, es importante que el Fiscal Adjunto y el Fiscal tengan la misma consideración desde el punto de vista de los privilegios e inmunidades. Por consiguiente, en la primera frase de este párrafo del artículo, después de «salvo la del Fiscal» debería agregarse «y la del Fiscal Adjunto», de modo que los jueces no puedan levantar la inmunidad del Fiscal Adjunto.

Artículo 17 (Estipendios y gastos)

14. Habría que considerar si la percepción por los jueces de un sueldo por otras funciones que sean ajenas a las del tribunal podría suponer un problema para su independencia.

Artículo 19 (Reglamento del Tribunal)

- 15. En el estatuto deberían figurar las normas básicas en materia de producción de la prueba y del procedimiento, a las que el tribunal deberá conformarse cuando, después de su instalación, adopte normas más detalladas.
- 16. La sugerencia de que las diversas Salas tengan la posibilidad de determinar su propio reglamento es aceptable siempre que ese reglamento no haya sido adoptado de otro modo por el tribunal o por otras Salas. Conviene subrayar aquí la necesidad de mantener la uniformidad de reglamentos entre las Salas.

SEGUNDA PARTE.—COMPETENCIA Y DERECHO APLICABLE

17. El hecho de que se dependa del consentimiento de los Estados interesados durante las diversas etapas del procedimiento no debe crear obstáculos innecesarios para poner a disposición de la justicia a las personas que hayan cometido los crímenes previstos en el estatuto. Los países nórdicos tienen algunas dudas en cuanto al sistema más bien complicado de competencias y de distintas categorías de crímenes establecido en los artículos 23 a 26. Este sistema puede dar lugar a dificultades procesales. Ade-

más, es esencial que el estatuto evite que los Estados tengan la posibilidad de elegir la competencia según su interés particular.

- 18. De los dos «tipos» de competencia propuestos, los países nórdicos mantienen una actitud crítica frente al segundo (arts. 26 y 27) que a su juicio se debería suprimir. El artículo 26 es particularmente vago. Además, se propone que se presenten con mayor claridad las reglas complejas del primer tipo (arts. 22 a 24).
- 19. De adoptarse esta propuesta, sería conveniente añadir antes del artículo 22 el siguiente artículo 21 *bis*:

«De acuerdo con el presente estatuto, la Corte tendrá competencia para conocer de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 22, siempre que su competencia haya sido aceptada de conformidad con lo dispuesto en los artículos 23 y 24.»

En consecuencia, habría que introducir algunas modificaciones en el artículo 24.

Artículo 22 (Lista de los crímenes definidos por tratados)

- 20. La prioridad dada a las disposiciones de tratados que se puede afirmar que forman parte del derecho internacional consuetudinario sirve para prever y evaluar de antemano la responsabilidad individual por crímenes graves, evitándose de esta manera las ambigüedades. Los países nórdicos acogen con satisfacción la lista de crímenes graves que contiene este artículo, pues continúan manteniendo la opinión de que la competencia del tribunal debe limitarse a los crímenes graves contra la humanidad.
- 21. Sería conveniente que ciertas normas estuvieran redactadas de manera más específica y que la competencia se limitara a actos de particular gravedad. Por esta razón, los términos de este artículo referentes a la competencia parecen innecesariamente amplios. No todos los crímenes citados tienen el grado de gravedad requerido para establecer sobre ellos la competencia del tribunal internacional. Además, se debería decidir si convendría incluir también la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.
- 22. El estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, en sus artículos 2 a 5, parece tener una formulación más adecuada.
- Artículo 23 (Aceptación por los Estados de la competencia de la Corte para el enjuiciamiento de los crimenes enumerados en el artículo 22)
- 23. Los países nórdicos prefieren la variante B, que prevé una presunción de competencia con la posibilidad de una declaración de exclusión por todo Estado Parte que no acepte la competencia de la Corte en ciertos casos. Las otras variantes podrían reducir considerablemente la competencia de la Corte, que se basaría en declaraciones individuales de cada Estado Parte, lo que debilitaría el objetivo general del estatuto.
- 24. Según el artículo 23 todo Estado Parte en el estatuto tendrá que aceptar una base mínima de competencia,

como por ejemplo la competencia atribuida en los apartados *a* y *b* del artículo 22.

Artículo 24 (Competencia de la Corte a tenor del artículo 22)

- 25. En virtud del párrafo 2 de este artículo se requiere que el Estado en cuyo territorio se halle el presunto culpable acepte también la competencia de la Corte. Sin embargo, el artículo correspondiente del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia parece redactado con mayor precisión². No se deberían agregar más requisitos consensuales a los que ya figuran en el artículo.
- 26. El apartado *b* del párrafo 1 está redactado de manera innecesariamente compleja. Podría interpretarse este apartado en el sentido de que la Corte es competente en los casos de genocidio solamente cuando haya dado su consentimiento todo Estado Parte en la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio. Es importante que este párrafo guarde coherencia con los comentarios hechos cuando fue elaborado.
- 27. La limitación contenida en el párrafo 2 puede ser innecesaria. Bastaría con que el Estado territorial sea parte en el estatuto.

Artículo 25 (Asuntos sometidos a la Corte por el Consejo de Seguridad)

- 28. Aunque los artículos 25 y 27 encierran una discrecionalidad política más bien amplia e indefinida al referirse a los asuntos que el Consejo de Seguridad decida someter a la Corte, los países nórdicos apoyan la función que podría desempeñar el Consejo de Seguridad con arreglo a estos artículos, con la condición de que el Consejo no someta a la Corte quejas específicas contra personas determinadas. Es preciso asegurar que la discrecionalidad concedida al Consejo de Seguridad no plantee cuestiones sobre la credibilidad del tribunal cuando el Consejo de Seguridad se proponga someter casos al tribunal. El principio de legalidad (nullum crimen sine lege) parece exigir que las modalidades y criterios según los cuales el Consejo de Seguridad ejercerá las funciones propuestas en virtud del estatuto se elaboren más cuidadosamente. Sin embargo, es totalmente oportuno dar al Consejo de Seguridad la prerrogativa de someter al tribunal situaciones particulares y confiar a este último la decisión de incoar o no el procedimiento.
- Artículo 26 (Aceptación especial por los Estados de la competencia de la Corte en supuestos no regulados en el artículo 22)
- 29. De no suprimirse este artículo, los países nórdicos formulan los comentarios y sugerencias siguientes:
- a) Los dos tipos de crímenes presentados en el artículo 26 están descritos en términos muy vagos.

² Véase Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, documento S/25704, anexo, artículos 1, 8 y 9.

- b) El apartado a del párrafo 2 prevé que la Corte enjuicie de conformidad con principios jurídicos internacionales no promulgados. Ello es en sí contrario al principio de legalidad que en el caso del procedimiento penal exige la existencia de una ley escrita (nullum crimen sine lege). En resumen, este artículo es demasiado amplio desde la perspectiva del principio de legalidad en derecho penal, por lo que debería ser suprimido.
- 30. Los países nórdicos se muestran escépticos en cuanto a la inclusión en el estatuto de los crímenes relacionados con los estupefacientes, pese a que coinciden plenamente con la convicción general de que toda medida contra la delincuencia internacional relacionada con los estupefacientes requiere la cooperación internacional sobre la base de acuerdos. Es difícil considerar que este tribunal constituya el foro apropiado para casos de esa índole. Debe advertirse también que el mero hecho de que un crimen trascienda las fronteras nacionales no puede considerarse base suficiente para hacer de este tribunal el foro jurídico competente.

Artículo 28 (Derecho aplicable)

31. A fin de asegurar la coherencia se debería estipular explícitamente que las decisiones previas de la Corte constituyen también una fuente del derecho. En el apartado c quizás sea necesario incluir el derecho interno como fuente primaria y no simplemente como fuente subsidiaria. Ello se debe a que los tratados pertinentes no siempre prevén el castigo aplicable. Por ejemplo, ya el párrafo 2, apartado b del artículo 26 se remite a la legislación nacional.

Tercera parte.—Instrucción e inicio del proceso penal

Artículo 29 (Denuncia)

32. Cabría sostener que la posibilidad sin restricciones de presentar denuncias podría resultar funcionalmente contraproducente. Sin embargo, además del derecho de los Estados a presentar denuncias, debería establecerse la facultad del Fiscal de iniciar una investigación sin que se haya presentado una denuncia. También habría que considerar si el procedimiento se podría iniciar igualmente sobre la base de información proporcionada por organizaciones humanitarias internacionalmente reconocidas.

Artículo 30 (Instrucción y petición de procesamiento)

33. Como ya se ya dicho, la Junta de Gobierno debería tener principalmente una función administrativa. Facultar a la Junta de Gobierno para revisar una resolución de la Fiscalía contraria al ejercicio de la acción penal es difícil de aceptar, pues resultaría problemático si se desea mantener la imagen de imparcialidad. Esa interpretación no es compatible con la independencia del Fiscal ni con el principio de mantenimiento de la separación de funciones de la Corte y del Fiscal.

34. La revisión debería hacerse de otra forma, quizá a través de una de las Salas del tribunal. Debe advertirse que la Sala en cuestión no intervendría a continuación en la decisión del caso.

Artículo 31 (Inicio del procedimiento penal)

35. Tras un cierto período debería revisarse la decisión de mantener en custodia a una persona. La práctica seguida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos podría proporcionar una orientación útil a este respecto.

Articulo 32 (Procesamiento)

- 36. Es importante subrayar una vez más que la Junta de Gobierno debería tener principalmente funciones administrativas. En primer lugar es inaceptable que los tres principales jueces del tribunal puedan decretar el procesamiento y ulteriormente juzgar el caso, y en segundo lugar es inaceptable que la Junta de Gobierno pueda dictar mandamientos y órdenes de detención. En resumen, la Junta de Gobierno no debería ser de ningún modo una «Sala de Procesamiento».
- 37. Los países nórdicos proponen la supresión del artículo 32. Si no obstante se mantuviera ese artículo, debe aclararse lo que ocurre cuando no se encuentran motivos suficientes para proceder a la inculpación. ¿Se declara no culpable al sospechoso? ¿Se sobresee el caso o se inician automáticamente nuevas investigaciones?

Artículo 35 (Prisión provisional o libertad condicional)

38. El concepto de libertad condicional es inaceptable para los países nórdicos. Se opone además a la tradición jurídica de otros muchos países, por lo que no se debería incluir. Decretar la libertad provisional del procesado es un procedimiento que en la mayoría de las ocasiones no resultaría realista para este tribunal, considerando la gravedad de los crímenes en cuestión.

CUARTA PARTE.—JUICIO

Artículo 37 (Constitución de Salas)

- 39. Las Salas de la Corte se deberían constituir antes de la adopción del reglamento, como ha sido el caso del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia. Los jueces deberían estar sometidos a un sistema de rotación y no ser la Junta de Gobierno quien determine los casos que deben ser decididos por los distintos jueces. Cabe hacer referencia aquí al procedimiento aplicado en conexión con el establecimiento del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia. Por último es evidente que se debe asegurar una distribución de los casos hecha al azar.
- 40. De aceptarse la sugerencia precedente, sería natural trasladar el párrafo 4 al artículo 11, ya que ese artículo se refiere a la recusación.

Artículo 38 (Cuestiones de competencia)

41. Todos los Estados Partes deberían tener algún derecho a impugnar la competencia de la Corte, y no sólo los Estados Partes que tengan interés jurídico en el asunto. Esta posibilidad debería existir también antes de iniciarse el juicio propiamente dicho. Además, no se debería admitir la impugnación en una fase ulterior.

Artículo 40 (Derecho a un juicio imparcial)

42. Es esencial que los juicios sean públicos. La práctica de efectuar determinadas actuaciones a puerta cerrada debe definirse con mayor claridad y regularse con mayor precisión. Cabe hacer referencia aquí al artículo 14, párrafo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Artículo 41 [Principio de legalidad (nullum crimen sine lege)]

- 43. El hecho de que un tratado haya entrado en vigor se considera suficiente para mantener el principio de legalidad. Esta opinión se basa en las dos consideraciones siguientes: en primer lugar, los diversos Estados pueden cumplir las obligaciones que les impone un tratado en momentos diferentes y, en segundo lugar, subordinar la validez internacional de un tratado al requisito de su incorporación a la legislación interna o al de la adaptación del derecho nacional a la norma internacional debilitaría la base jurídica del tribunal. Los diversos tratados deberían contener una descripción de los crímenes. Un catálogo o «derecho escrito» de las acciones u omisiones prohibidas debería, pues, figurar en los tratados.
- 44. Si se suprime el artículo 26, es lógico suprimir también los apartados b y c del artículo 41.

Artículo 42 (Igualdad ante el Tribunal)

Artículo 43 (Presunción de inocencia)

45. Aunque estos artículos encierran los dos importantes principios de la igualdad ante la ley y de la presunción de inocencia, cabe preguntarse aquí si se debería afirmar explícitamente que el acusado goza del beneficio de la duda.

Artículo 44 (Derechos del acusado)

- 46. Considerando el tema de las salvaguardias legales, los países nórdicos tienen algunas dudas en cuanto a la celebración de juicios en rebeldía. Esos juicios podrían dar lugar a dificultades políticas y jurídicas que convendría evitar, por lo cual deberían descartarse.
- 47. Si, no obstante, se decide que el juicio en rebeldía es esencial, debe advertirse que esos juicios sólo deben darse en circunstancias muy limitadas y siempre que se regulen en términos más precisos que los del actual proyecto de estatuto.

48. En cuanto al párrafo 4 del comentario al proyecto de artículo, cabe cuestionar la justificación de que se celebre un juicio de todos modos, ya que la sentencia que declare culpable a una persona en rebeldía es provisional.

Artículo 46 (Protección del acusado, las víctimas y los testigos)

49. Se deberían incluir en este artículo normas relativas a la protección y asistencia de las víctimas de crímenes de acuerdo con ciertos principios básicos establecidos en la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder³.

Artículo 48 (Modo de producir las pruebas)

- 50. Las normas sobre la prueba deberían ser más específicas. Se deberían mencionar al comienzo de este artículo los principios de la prueba primaria u original y de la libre valoración de la prueba.
- 51. Las decisiones tomadas en materia de prueba durante el juicio no deberían ser apelables. Ello perturbaría el procedimiento y podría también ser utilizado por las partes como táctica dilatoria. Si las partes disienten con una decisión de la Corte a este respecto, podrán remitirse al párrafo 1, apartado a del artículo 55.

Artículo 51 (Sentencia)

52. En muchos sistemas jurídicos el voto disidente constituye una forma de expresar la opinión jurídica, por lo que se debería permitir. Esa opinión no tendría un efecto negativo sobre la autoridad de la Corte y de sus sentencias. Cabe hacer referencia aquí al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que permite los votos disidentes.

Artículo 53 (Penas aplicables)

- 53. El tribunal debería ser exclusivamente un tribunal penal. Por consiguiente, habría que reconsiderar la aplicación de sanciones de orden civil, ya que es altamente dudosa la necesidad de incluir esas normas. Así, un asunto que dé lugar a una condena por daños plantea una difícil elección entre distintas instancias jurídicas. Además, se plantea el problema de la ejecución de esa sentencia, que no está nada claro.
- 54. Sería aconsejable suprimir la posibilidad de imposición de multas. Considerando la magnitud de los crímenes en cuestión, resulta difícil imaginar cómo se podría imponer una multa. Además, conviene advertir aquí que la pena de incautación/confiscación es el castigo de una actividad criminal que se debería incluir en el estatuto, pues de hecho hace referencia a un castigo penal. Ello debería ser posible a fin de prever la indemnización de las víctimas de ciertos crímenes, por ejemplo las víctimas de robos.

 $^{^3}$ Resolución 40/34 de la Asamblea General, de 29 de noviembre de 1985.

55. Los países nórdicos se complacen en advertir que entre las penas previstas no figura la pena de muerte.

Artículo 54 (Las circunstancias agravantes o atenuantes)

56. Se debería considerar la posibilidad de incluir en este artículo ciertas circunstancias como el estado de necesidad, la legítima defensa, la premeditación, etc. y se debería considerar si esa inclusión en el estatuto podría dar lugar a conclusiones antitéticas. Es necesario decidir si en el estatuto las normas substantivas deben ir unidas a reglas de procedimiento o si las primeras deben aparecer en un «código de crímenes».

QUINTA PARTE.—APELACIÓN Y REVISIÓN

Artículo 55 (Apelación contra sentencias o penas)

57. Las sentencias de la Sala deberían también ser apelables por el Fiscal. Conviene hacer referencia aquí al artículo 31.

Artículo 56 (Apelación)

- 58. Es importante que las Salas del tribunal se constituyan desde el principio y que su composición no sea decidida por la Junta de Gobierno. Es aconsejable un plan de rotación que determine los jueces que deben decidir en apelación. Considerando que el número de casos de apelación será probablemente limitado, convendría reconsiderar la necesidad de una Sala de Apelaciones independiente.
- 59. Los términos del estatuto se pueden interpretar quizás en el sentido de que con seis jueces y un empate de tres votos contra tres se mantendrá la decisión de la primera instancia. Para toda decisión en contra del acusado se debería requerir una mayoría de votos. Un empate en la votación implicaría la absolución del acusado, observándose de esta forma el principio del beneficio de la duda.

Artículo 57 (Revisión)

60. En la mayoría de los sistemas jurídicos se considera importante que exista de la posibilidad de solicitar la revisión de la sentencia para corregirla o mejorarla. El Fiscal debería también tener la posibilidad de solicitar la revisión de la sentencia de la Corte.

Sexta parte.—Cooperación internacional y asistencia judicial

Artículo 61 (Comunicaciones y tenor de la documentación)

61. La utilización de la palabra «normalmente» en el párrafo I de este artículo podría ser innecesaria y convendría pronunciarse sobre esta cuestión. Es también impor-

tante aclarar que en el párrafo 2 la palabra «comunicaciones» se refiere a las comunicaciones por escrito.

Artículo 63 (Entrega de un procesado para ponerlo a disposición del Tribunal)

62. La Sala, una vez constituida, es la única competente para dictar auto de procesamiento. Por consiguiente, se debe suprimir la referencia a la Junta de Gobierno.

SÉPTIMA PARTE.—EJECUCIÓN DE LAS PENAS

Artículo 66 (Ejecución de las penas)

- 63. Conviene examinar detenidamente la posibilidad del cumplimiento de las penas de privación de libertad en el país en que se cometió el crimen.
- 64. Si en el proyecto final se mantiene la multa como pena, es importante que el estatuto contenga reglas sobre la ejecución de esa pena y sobre el destino que se dará a los fondos correspondientes. Además, es necesario establecer normas que regulen la confiscación/incautación y los reclamos por daños y perjuicios.

Panamá

[Original: español] [8 de marzo de 1994]

- 1. El Gobierno panameño se muestra de acuerdo con la eliminación de los delitos relacionados con el tráfico internacional de drogas y la violación indiscriminada de los derechos humanos entre las figuras delictivas contenidas en el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, habida cuenta de que son temas ampliamente desarrollados por convenios internacionales y existen organismos especializados que ya tienen comisiones que están trabajando sobre estos temas, tal como ocurre con el sistema americano de protección de los derechos humanos, creado por la Organización de los Estados Americanos, así como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- 2. En lo que se refiere a la creación del tribunal penal internacional, el Gobierno panameño considera que el proyecto de artículos no logra satisfacer plenamente las aspiraciones de los Estados Miembros de las Naciones Unidas en relación con la constitución de un tribunal de esta naturaleza, pues no ofrece las garantías de un tribunal supranacional, resulta limitativo en el acceso a los idiomas de trabajo (véase el artículo 18) y no resuelve con claridad la aceptación por los Estados de la competencia de la Corte para los enjuiciamientos de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Sólo contempla la aceptación del Estado afectado y no la del Estado agresor, haciendo ilusoria la aplicación de las sanciones a través de la simple omisión de ratificación del Estado que no acepta la competencia de la Corte.

- 3. No obstante lo anterior, dado el trabajo realizado por la CDI hasta el presente, el Gobierno panameño confía en que se encontrarán los mecanismos jurídicos de entendimiento y consenso para superar las dificultades y escollos.
- 4. El Gobierno panameño estima que la elaboración de una normativa de esta naturaleza requiere la celebración de consultas científicas y políticas de la mayor amplitud posible a fin de armonizar al máximo los criterios de los Estados Miembros.

Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

[Original: inglés] [23 de febrero de 1994]

OBSERVACIONES GENERALES

- 1. El Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte ha dejado en claro su apoyo a la labor de preparación de un estatuto para un tribunal penal internacional, emprendida por la Comisión de Derecho Internacional. Si bien es muy consciente de los graves problemas —jurisdiccionales, de procedimiento, institucionales, financieros y de otra índole— que deben resolverse antes de crear un tribunal penal internacional, está convencido de que la tentativa de resolver las dificultades es una empresa meritoria.
- 2. El proyecto de estatuto que la Sexta Comisión de la Asamblea General tuvo ante sí el año pasado, y que es objeto de las presentes observaciones, es un comienzo admirable para esta difícil tarea. Debido a los conocimientos especializados y a los métodos de trabajo de que dispone la Comisión, el Gobierno del Reino Unido estima importante que ésta se asegure de que ha examinado y tratado a fondo todos los problemas de carácter jurídico relacionados con el establecimiento de una jurisdicción criminal antes de que se proceda al estudio de un proyecto de estatuto en el ambiente de carácter más político de una conferencia intergubernamental. El Gobierno del Reino Unido estima, en particular, que las normas sobre prueba tienen tal importancia para el adecuado funcionamiento de la Fiscalía y de la propia Corte, importancia que va más allá del mero procedimiento, que deberían formar parte del proyecto de estatuto y ser redactadas inicialmente por la Comisión.
- 3. El Gobierno del Reino Unido estima que cualquier tribunal penal internacional que se establezca debe estar investido de la más alta autoridad y gozar de gran prestigio jurídico y moral. Asimismo estima necesario que los Estados se obliguen mediante un tratado solemne con respecto al tribunal, tratado que debería contar con la aceptación más amplia posible. Debe establecerse un estrecho vínculo institucional del tribunal con las Naciones Unidas, a fin de investirlo de autoridad universal.

4. Finalmente, el Gobierno del Reino Unido estima importante que la comunidad internacional aproveche la experiencia del otro tribunal internacional que ha sido establecido recientemente, el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia.

OBSERVACIONES SOBRE ALGUNOS ARTÍCULOS

Artículo 2 (Relación entre el Tribunal y las Naciones Unidas)

5. Dejando de lado la cuestión de si sería de competencia de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad el establecimiento del tribunal como órgano subsidiario en virtud de los Artículos 22 ó 29 de la Carta de las Naciones Unidas, es a todas luces inapropiado que la Corte esté subordinada a cualquiera de esos dos órganos. Además, el estatuto impondrá obligaciones a los Estados y será necesario que ello se haga en alguna forma legalmente válida. Como el nuevo tribunal, a diferencia del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, no quedará comprendido en el ámbito de las responsabilidades del Consejo de Seguridad para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, no será posible imponer las obligaciones necesarias a los Estados mediante una resolución del Consejo de Seguridad, como en el caso del Tribunal para la ex Yugoslavia. En consecuencia, será necesario establecer dichas obligaciones mediante un tratado. Se sugiere que el estatuto sea aprobado mediante un tratado internacional, y tal vez convenga que la Comisión se encargue de redactar las disposiciones necesarias del tratado. Este podría ser negociado y aprobado bajo el patrocinio de las Naciones Unidas. Se sugiere asimismo que se establezca un vínculo institucional de algún tipo con las Naciones Unidas, que no represente el establecimiento de un órgano subordinado a uno de los órganos principales.

Articulo 4 (Condición jurídica del Tribunal)

- 6. El Gobierno del Reino Unido acoge con agrado la disposición de que el tribunal se reunirá sólo cuando sea necesario para conocer de un asunto que le haya sido sometido.
- 7. La disposición del párrafo 2 requerirá un examen más a fondo en lo que se refiere a la condición jurídica y la capacidad legal del tribunal y a las personas autorizadas para negociar en nombre de éste una vez que se haya llegado a una decisión acerca de la relación entre el tribunal y las Naciones Unidas.

Artículo 5 (Órganos del Tribunal)

8. Cualquiera que sea el nombre que se dé a la Fiscalía en otros idiomas, la expresión «Procuracy» es inadecuada en idioma inglés.

Artículo 6 (Condiciones que han de reunir los jueces)

9. La Corte es un tribunal penal. A juicio del Gobierno del Reino Unido, no procede que se nombren jueces que

no hayan tenido experiencia judicial en causas penales. Además de los requisitos establecidos en la primera oración del proyecto de artículo, el Reino Unido sugiere que se establezca como condición para el nombramiento de un juez que éste haya tenido experiencia judicial en causas penales.

Artículo 7 (Elección de los jueces)

Artículo 8 (Provisión de vacantes)

10. Debería considerarse la posibilidad de disponer expresamente lo que ya está establecido en forma tácita en el artículo 8, de que se pueden producir vacantes debido a la muerte o la renuncia de un juez.

Artículo 11 (Recusación de los jueces)

11. El párrafo 3 dispone que el acusado podrá recusar un juez. Será necesario establecer los fundamentos que deberá presentar el acusado para justificar la recusación por uno de los motivos establecidos en el párrafo 1.

Artículo 13 (Composición, funciones y atribuciones de la Fiscalía)

- 12. En opinión del Gobierno del Reino Unido, se deberían examinar cuidadosamente los requisitos que deben cumplir el Fiscal y el Fiscal Adjunto, especialmente en relación con los puntos siguientes:
- a) Si se declara incompetente al Fiscal para conocer de una denuncia en que esté implicada una persona de su misma nacionalidad, debería establecerse como requisito que el Fiscal Adjunto sea de nacionalidad diferente;
- b) El requisito de que el Fiscal y el Fiscal Adjunto posean el más alto nivel de competencia y experiencia tanto en materia de instrucción del sumario como en materia de sustanciación del proceso presentará dificultades para muchos países que se rigen por el common law, en los que esas funciones se asignan a personas diferentes. Los requisitos deberían exigirse para una u otra función. Debería ser un requisito que el Fiscal o el Fiscal Adjunto sea abogado con varios años de antigüedad.
- 13. La Comisión debería examinar si la redacción del párrafo 3 es suficientemente clara.
- 14. En lo que respecta al párrafo 4 del comentario, el Gobierno del Reino Unido estima que la consulta a la Junta de Gobierno de la Corte respecto del nombramiento del personal de la Fiscalía no pondría en peligro la independencia del Fiscal, y que podría muy bien incluirse una disposición de ese tenor.

Articulo 19 (Reglamento del Tribunal)

15. Las normas relativas a la prueba incluyen cuestiones de considerable importancia que afectan a los derechos del acusado. Se observa que una o dos disposiciones básicas de las normas relativas a la prueba se incluyen en el artículo 48 y en otros artículos del estatuto. El Gobierno del Reino Unido estima, sin embargo, que la Comisión

debería seguir examinando este importante tema y redactar proyectos de disposiciones sobre dichas normas en su conjunto, que se incluirían en el proyecto de estatuto.

Artículo 21 (Revisión del Estatuto)

16. El Gobierno del Reino Unido estima que sería mejor colocar este artículo entre las cláusulas finales de un tratado por el que se aprobara el Estatuto. El Reino Unido duda de que sea procedente referirse al código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad en la forma en que lo hace el proyecto de artículo. Si bien un código generalmente aceptado tendrá sin duda importancia para cualquier jurisdicción penal internacional que se cree, es difícil establecer una referencia satisfactoria a un instrumento que aún no ha sido aprobado, por lo que tal vez sea preferible no referirse a él en absoluto.

Artículo 22 (Lista de los crímenes definidos por tratados)

Como observa el Grupo de Trabajo, la segunda parte del proyecto de estatuto es el núcleo central de dicho proyecto. Los artículos 22 a 26 establecen dos normas de competencia basadas en la distinción trazada entre tratados en los que se definen ciertos crímenes como crímenes internacionales y tratados en los que meramente se prevé la supresión de comportamientos indeseables que constituyen crímenes en virtud de la legislación nacional. En lo que respecta al artículo 22, el Gobierno del Reino Unido entiende y comparte las reservas expresadas por algunos gobiernos en la Sexta Comisión acerca del otorgamiento de competencia a un tribunal internacional para juzgar crímenes definidos con precisión insuficiente en los tratados pertinentes, con respecto a los cuales los tratados fueron establecidos sin ninguna intención de someter los crímenes a un tribunal penal internacional, y para los cuales los tratados no especificaban ninguna pena. Sin embargo, el Gobierno del Reino Unido estima que si se ha de establecer un tribunal internacional en las condiciones actuales, una lista de crímenes del tenor de los establecidos en el artículo 22 debería constituir la parte principal de su competencia. El Reino Unido sí considera, no obstante, que la lista de crímenes del artículo 22 debería examinarse nuevamente a fin de que sólo quedaran incluidos en ella aquellos tratados que hubieran recibido una aceptación muy amplia de parte de la comunidad internacional; el criterio de la entrada en vigor no es, a juicio del Reino Unido, condición suficiente para que un tratado sea incluido en la lista. Con sujeción a esta condición, sin embargo, el Gobierno del Reino Unido no se opondría a la inclusión de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Artículo 23 (Aceptación por los Estados de la competencia de la Corte para el enjuiciamiento de los crímenes enumerados en el artículo 22)

18. El Gobierno del Reino Unido comparte la opinión expresada en el párrafo 2 del comentario de que el sistema descrito en la variante A (el sistema de «participación selectiva») es el que mejor refleja la base consensual de la competencia de la Corte. El otorgamiento de competencia a un tribunal internacional representa cierto grado

de cesión de competencia por parte de los distintos Estados; el mejor modo de establecer esa cesión es el proceso en dos etapas consistente en la aceptación del estatuto y la aceptación por separado de la competencia de la Corte para el enjuiciamiento de determinados crímenes de conformidad con la variante A.

Artículo 24 (De la competencia de la Corte a tenor del artículo 22)

- 19. En opinión del Gobierno del Reino Unido, la Comisión debería considerar también la posibilidad de que se deba requerir la aceptación de la competencia de la Corte por el Estado en cuyo territorio se encuentre el presunto culpable. Dicha aceptación no siempre será necesaria según los términos en que está redactado el apartado *a* del párrafo 1.
- 20. Sería de desear que la Comisión considere si es adecuada la redacción de los apartados a y b del párrafo 1. No está claro si se requiere que acepten la competencia de la Corte todos los Estados Partes que tengan competencia en virtud de un tratado para someter a juicio al presunto culpable en sus propios tribunales, o si el consentimiento de cualquiera de los Estados Partes en el tratado pertinente es suficiente. El Gobierno del Reino Unido supone que lo que se desea es esto último, pero no lo considera aceptable, al menos en lo que se refiere al apartado a del párrafo 1. Convendría que la Comisión reexamine la cuestión de si, en relación con el mencionado apartado a, debe exigirse el consentimiento de todos esos Estados.

Artículo 25 (Asuntos sometidos a la Corte por el Consejo de Seguridad)

- 21. De este artículo no se desprende claramente si el Consejo de Seguridad puede someter asuntos a la Corte si no se ha obtenido el consentimiento requerido en virtud del artículo 24 o del artículo 26, o si se tiene la intención de que la Corte tenga competencia respecto de una denuncia que le haya sido sometida por el Consejo de Seguridad sólo si los Estados interesados han aceptado la competencia de la Corte. Si se ha de mantener el artículo, el Gobierno del Reino Unido preferiría que prevaleciera este último criterio.
- 22. Sin embargo, el Gobierno del Reino Unido no está convencido de que la intención del Grupo de Trabajo expresada en la segunda oración del párrafo 2 del comentario se haya recogido debidamente en la disposición. Se pide a la Comisión que considere la posibilidad de modificar los artículos 25 y 29 a fin de tener la certeza de que el Consejo de Seguridad no estará facultado para someter a la Corte denuncias contra determinadas personas, sino sólo para pedir al Fiscal que investigue determinadas situaciones.
- 23. Sería de desear que la Comisión considere la posibilidad de incluir en esta parte del estatuto una disposición que establezca que cuando el Consejo de Seguridad se está ocupando de una controversia o una situación, no se podrá someter a la Corte un asunto relacionado con esa controversia o situación, salvo con el consentimiento del Consejo de Seguridad.

- Artículo 26 (Aceptación especial por los Estados de la competencia de la Corte en supuestos no regulados en el artículo 22)
- 24. El Reino Unido tiene graves dudas acerca de la conveniencia de las disposiciones de este artículo. En lo que respecta al apartado a del párrafo 2, no es procedente que un tribunal penal tenga competencia para juzgar delitos no especificados respecto de los cuales no puede haber sino incertidumbre y controversias. No procede sostener que incumbirá al propio tribunal determinar si existe el consenso internacional necesario para la existencia de un crimen determinado: un acusado tiene derecho, incluso durante el juicio, a saber de qué se lo acusa con más certeza de la que permite este artículo; aun cuando la Corte decida finalmente que el crimen no es un crimen «aceptado y reconocido por la comunidad internacional en su conjunto», el acusado habrá sido objeto de la acción penal aunque no se lo condene.
- 25. Sería conveniente que la Comisión considerase si realmente existen crímenes en virtud del derecho internacional general del tipo a que se hace referencia en el apartado *a* del párrafo 2 y, en caso afirmativo, a indicarlos expresamente en el artículo.
- 26. En lo que respecta al apartado *b* del párrafo 2, el Reino Unido no es partidario de que se incluyan en el estatuto crímenes en virtud del derecho nacional que no hayan sido definidos con precisión en un tratado internacional, como la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Además, es poco probable que el intento de limitar la competencia a los «crímenes excepcionalmente graves» sea factible: no hay intención de definir lo que se entiende por «excepcionalmente graves» y es poco probable que se pueda dar una definición generalmente aceptable

Artículo 28 (Derecho aplicable)

27. Se pide a la Comisión que considere nuevamente la descripción del derecho interno como «fuente subsidiaria». Aunque se adoptara la decisión de eliminar el apartado b del párrafo 2 del artículo 26, como sería el deseo del Reino Unido, la Corte se vería obligada a recurrir con frecuencia al derecho interno. Los componentes de un delito (con excepción del genocidio), los descargos que se pueden hacer valer y las penas pertinentes (sujetas a lo dispuesto en el estatuto), serán todas cuestiones de derecho interno. Siendo así, es importante orientar a la Corte hacia el derecho interno correspondiente; el Gobierno del Reino Unido supone que éste será el derecho del Estado (o de la jurisdicción dentro de ese Estado) en que se cometió el crimen.

Artículo 29 (Denuncia)

28. Se pide a la Comisión que considere si no sería aconsejable establecer en detalle qué documentación se requiere como mínimo para acompañar una denuncia.

Artículo 30 (Instrucción y petición de procesamiento)

- 29. La disposición del párrafo 1 no especifica lo que constituye «fundamento suficiente» para que el Fiscal inicie el procedimiento. El párrafo 5 del comentario y las disposiciones del artículo 32 dejan en claro que la prueba es la existencia de motivos suficientes para proceder a la inculpación o indicios razonables de criminalidad (que acreditan prima facie la autoría de un delito). El Gobierno del Reino Unido duda de que la determinación de la existencia de indicios razonables sea fundamento suficiente para iniciar una acción penal. Se invita a la Comisión a considerar la práctica de los Estados con respecto a la iniciación de la acción penal en los tribunales nacionales: el Gobierno del Reino Unido duda de que la norma para entablar un proceso en un tribunal internacional deba ser menos estricta que la requerida en el caso de un tribunal nacional. En el Reino Unido, por ejemplo, no se entabla un proceso a menos que se considere que existe por lo menos una perspectiva real de condena.
- 30. El párrafo 1 dispone que la Junta de Gobierno puede ordenar al Fiscal que inicie el procedimiento penal. Se pide a la Comisión que considere si un acusado, sometido a juicio a petición de la Corte contra el parecer del Fiscal tras una minuciosa investigación, creería que está siendo sometido a un juicio imparcial.
- El apartado a del párrafo 4 dispone que el presunto culpable de un crimen será informado de que, si guarda silencio frente a un interrogatorio, su actitud no será valorada para la determinación de su culpabilidad o inocencia. El Gobierno del Reino Unido comparte plenamente la opinión de que sería totalmente inaceptable condenar a una persona únicamente sobre la base de su silencio, sin que mediara otra prueba. Sin embargo, el Gobierno del Reino Unido no considera elemento indispensable de un juicio imparcial que no se considere en absoluto si un acusado ha guardado o no silencio. En el Reino Unido, el Comité de Revisión de la Ley Penal recomendó en 1972 que en ciertas circunstancias cuidadosamente determinadas debía permitirse sacar conclusiones, en apoyo de otras pruebas, de la negativa de un acusado a responder a las preguntas pertinentes. Actualmente el Parlamento del Reino Unido está considerando legislación basada en las propuestas del Comité.
- 32. Se pide a la Comisión que reconsidere la redacción de los párrafos 2 y 3, que pueden interpretarse en el sentido de que el Fiscal puede ordenar la comparecencia de los sospechosos, las víctimas y los testigos, reunir pruebas y realizar investigaciones oculares directamente en el territorio de los Estados Partes y de otros Estados, sin pedir la cooperación de los Estados interesados. A juicio del Reino Unido, tales atribuciones sólo son necesarias y convenientes en los casos en que un Estado deje de cumplir sus obligaciones de cooperación o si su sistema de justicia penal ha dejado de funcionar. En recomendaciones formuladas anteriormente por la Comisión estaba claro que se proponía que las pruebas se recogiesen a través de mecanismos de cooperación basados en acuerdos internacionales de asistencia jurídica mutua (en cuyo caso existen menos motivos para rehusar la cooperación y no se exige reciprocidad). Se podría ampliar el proyecto de estatuto a fin de imponer obligaciones de asistencia legal a los Estados Partes cuya cooperación sea requerida por el

Fiscal o por la Corte, y distinguir entre diferentes grados de aceptación como lo hace el artículo 63 para la entrega de sospechosos.

33. En consecuencia, se sugiere que se modifiquen los párrafos 2 y 3 del artículo 30 a fin de que se disponga que el Fiscal tendrá la facultad de: a) pedir la comparecencia de los sospechosos, las víctimas y los testigos para su interrogatorio; b) pedir la comunicación y producción de pruebas, inclusive cualquier documento o pieza de convicción relacionados con la denuncia; y c) proceder a la inspección ocular.

Artículo 31 (Inicio del procedimiento penal)

34. La relación entre artículo 31 y el apartado a del artículo 62, por una parte, y el artículo 33, por la otra, tal vez requiera ser considerada más a fondo. El artículo 31 indica que una persona puede ser detenida o presa en virtud del estatuto mientras la acusación está aún en preparación, sobre la base de la emisión de un mandamiento u otra orden de detención o prisión dictada por la Corte (orden de detención provisional) y el artículo 62, apartado a dispone que en casos de urgencia la Corte podrá pedir la detención provisional. Sin embargo, el artículo 33 da a entender que la obligación de los Estados Partes de arrestar y mantener en prisión a las personas objeto de tales mandamientos se produce sólo una vez que el auto de procesamiento ha sido notificado personalmente al acusado. No existen disposiciones cuyo objeto sea asegurar la cooperación en la detención o prisión previas al inicio de la acción penal. La Comisión tal vez desee tratar esta circunstancia. Sin embargo, si lo hace, por razones de derechos humanos no sería correcto permitir que transcurriera un plazo demasiado largo entre la ejecución de la orden de detención provisional y la notificación del auto de procesamiento al acusado: el Convenio europeo sobre extradición, por ejemplo, impone un límite de 40 días.

Artículo 32 (Procesamiento)

35. El Gobierno del Reino Unido es de opinión de que no basta dejar libradas al reglamento de la Corte cuestiones tales como los detalles relativos a los «documentos justificativos pertinentes» que se requieren y que deben ser considerados por la Junta de Gobierno antes de que se confirme el procesamiento. Se presume que la frase se refiere ya sea a la prueba, que debe presentarse por escrito, o a un resumen de la misma. La disposición debería indicar el alcance de las pruebas requeridas y la forma en que se han de presentar a la Sala. Se presume que el auto de procesamiento mismo no contendrá un resumen de las pruebas.

Artículo 37 (Constitución de Salas)

36. El Gobierno del Reino Unido estima que cinco es un buen número de jueces para una Sala de la Corte. A su juicio, la constitución de las Salas debe ser efectuada por la Junta de Gobierno en la forma que estime conveniente. Ello es preferible a que el asunto quede sometido a reglas rígidas.

Artículo 38 (Cuestiones de competencia)

37. El Gobierno del Reino Unido considera que debería aceptarse la opinión, expresada en el párrafo 5 del comentario, de que sería imperativo que el acusado pudiera impugnar la competencia de la Corte antes del juicio y de que los obstáculos meramente institucionales que se estima existen no deberían impedir que se encuentre una solución. La Sala que se ocupe del caso debería dictaminar sobre la cuestión o, si la impugnación se realiza antes de confirmarse el procesamiento (posiblemente después de la detención de la persona), deberá habilitarse una Sala para ese propósito.

Artículo 44 (Derechos del acusado)

- 38. Se invita a la Comisión a volver a considerar la posibilidad de distinguir entre diferentes situaciones con el propósito de determinar si un juicio se debe llevar a cabo en rebeldía del acusado; el Gobierno del Reino Unido es de opinión que esa cuestión no debe dejarse librada a una decisión de la Corte, como se dispone en el apartado *h* del párrafo 1. A juicio del Reino Unido, no se debe llevar a cabo un juicio en ausencia del acusado, a menos que: *a*) éste haya sido debidamente notificado y decida no comparecer en persona sino mediante un representante legal, o *b*) el acusado haya sido detenido y haya fugado después de iniciado el juicio pero antes de su finalización.
- 39. El párrafo 3 trata de la información que se habrá de comunicar a la defensa. Este es otro caso en que se invita a la Comisión a considerar la posible inclusión en el estatuto de nuevos detalles relativos al papel del Fiscal y de la Corte. En particular, podría ser conveniente incluir las explicaciones que se dan en el párrafo 8 del comentario.

Artículo 45 [Efecto de cosa juzgada (non bis in idem)]

40. Se pide a la Comisión que reexamine el apartado *a* del párrafo 2 en que hay una referencia a un «crimen ordinario». El concepto es muy difícil de definir y tal vez lo mejor sea sencillamente eliminar el apartado.

Artículo 47 (Atribuciones de la Corte)

41. El párrafo 1 se refiere a la atribución de la Corte de require la comparecencia y el testimonio de testigos, y de require la presentación de documentos y otros instrumentos probatorios. Habida cuenta de los anteriores comentarios sobre el artículo 30, en el sentido de que en la práctica la forma más aceptable y sin duda más eficiente de obtener la comparecencia de personas y la presentación de pruebas es pedir la cooperación de los Estados Partes, los que tendrán ciertas obligaciones de prestar asistencia, se sugiere que sería preferible referirse a la facultad de la Corte de emitir órdenes o mandamientos [orders] de comparecencia y rendición de prueba testimonial de los testigos, de presentación de documentos, etc. De hecho, la palabra «orden» [ordering] se utiliza en el comentario. La misma observación vale para el párrafo 1 del artículo 48.

Artículo 48 (Modo de practicar las pruebas)

- 42. El Gobierno del Reino Unido remite a las observaciones que ha formulado *supra* sobre el artículo 19, relativas a la conveniencia de que el estatuto establezca nuevas normas sobre pruebas. Una de las cuestiones que se debería dilucidar es si los testigos gozarán del privilegio de no autoincriminación ante el tribunal. Se plantea la cuestión de si un testigo está, en particular, obligado a responder a las preguntas que lo puedan poner en situación de infringir la legislación de su país.
- 43. En lo que respecta al punto planteado en el párrafo 4 del comentario, se considera que en vista de las dificultades probatorias que experimentarían los tribunales nacionales al enjuiciar el falso testimonio incurrido ante la Corte, sería preferible tratar en el estatuto la cuestión del delito de falso testimonio ante la Corte.

Artículo 53 (Penas aplicables)

- 44. El párrafo 2 se aparta de las recomendaciones formuladas anteriormente por la Comisión en el sentido de que las penas se deben basar en el derecho interno aplicable y que subsidiariamente la Corte establezca la pena cuando ésta no esté determinada o cuando la pena establecida no encuadre dentro de las normas internacionales. El Gobierno del Reino Unido estima que debería volverse a las recomendaciones anteriores. Las penas impuestas por el Estado en cuyo territorio se cometió el crimen deberían ser el primer punto de referencia, el que debería seguirse con sujeción a las reservas formuladas anteriormente. Dicho criterio concordaría con el principio generalmente aceptado de que la persona que comete un crimen debería saber qué castigo puede esperar.
- 45. En lo que respecta al párrafo 4, se invita a la Comisión a considerar si deberían darse directrices a la Corte respecto del orden en que deberían pagarse las multas o entregarse los bienes confiscados. En lo que respecta al apartado c de dicho párrafo, es poco probable que las disposiciones a que se hace referencia en el párrafo 4 del comentario se lleven a la práctica. Es dudoso que se necesite en absoluto un fondo fiduciario, y tal vez el propio tribunal debiera tener la facultad de pagar sumas de dinero directamente a las víctimas o al Estado de su nacionalidad, expresamente para beneficio de ellas.

Artículo 55 (Apelación contra sentencias o penas) Artículo 56 (Apelación) Artículo 57 (Revisión)

- 46. El Gobierno del Reino Unido es partidario de que se establezca el derecho de apelación para el acusado. Sin embargo, es de opinión que siete jueces es un número demasiado reducido para la Sala de Apelaciones, teniendo presente el hecho de que los jueces de la Sala de Apelaciones tendrán la misma categoría que los jueces de primera instancia. Sería más adecuada una Sala de Apelaciones integrada por nueve jueces, por lo menos.
- 47. En lo que respecta a la posibilidad de dar al Fiscal el derecho de apelación, se considera que tal derecho sólo debería poder ejercitarse en determinadas circunstancias,

a saber respecto de una cuestión de derecho o de la sentencia dictada por el tribunal de primera instancia. El Fiscal no debería tener un derecho de apelación general.

Artículo 58 (Cooperación internacional y asistencia judicial)

48. Se pide a la Comisión que considere cuáles «medidas provisionales» podrían ser necesarias.

Artículo 62 (Medidas cautelares)

49. Se recuerdan las observaciones hechas anteriormente sobre la detención provisional. En relación con cualquier medida cautelar, la petición de la Corte debería ser una petición formal para que los Estados la acataran. Los Estados estarán en condiciones de responder sólo en la medida en que se lo permita su legislación interna, la cual, por ejemplo, podría no incluir la prevención de la fuga de un sospechoso a menos que se haya emitido una medida cautelar de detención o un mandamiento de detención. Las leyes internas también pueden imponer condiciones especiales para la búsqueda e incautación de pruebas. Esto está reconocido en la mayoría de los acuerdos internacionales sobre asistencia judicial mutua.

Artículo 63 (Entrega de un procesado para ponerlo a disposición del Tribunal)

- 50. El Gobierno del Reino Unido observa que, con arreglo al apartado a del párrafo 3, todo Estado Parte que haya aceptado la competencia de la Corte en lo concerniente al crimen de que se trate está obligado a tomar medidas inmediatas para detener y entregar a la persona inculpada para ponerla a disposición de la Corte. En relación con lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Gobierno del Reino Unido estima que el acusado debe tener derecho a impugnar la detención y prisión en el Estado requerido, si bien los fundamentos para tal impugnación deberían mantenerse en un mínimo. En consecuencia, se estima que un Estado que haya tomado medidas inmediatas para detener al sospechoso habría cumplido sus obligaciones, aun cuando el sospechoso hubiese ejercido con éxito su derecho a impugnar su detención y prisión.
- 51. El apartado b del párrafo 3 se refiere a un Estado Parte que sea también parte en el tratado en que se defina el crimen de que se trate pero que no haya aceptado la competencia de la Corte para conocer de ese crimen. El Gobierno del Reino Unido cuestiona la obligación por parte de ese Estado de efectuar la detención. La detención puede ser prematura si las autoridades nacionales no están dispuestas a imputar un delito de inmediato al detenido si, después de revisar la causa, determinan que la acusación tiene pocas probabilidades de éxito.
- 52. El párrafo 5 estipula que los Estados Partes den preferencia, en lo posible, a las solicitudes de extradición formuladas por la Corte sobre los pedidos similares formulados por otros Estados. Esta disposición se aparta de la recomendación hecha previamente por la Comisión de que los Estados Partes deberían tener libertad de elección

en el caso de solicitudes múltiples, pero que se les podrían proporcionar directrices no obligatorias para la elección, sugiriéndoles por ejemplo que le dieran especial consideración a las solicitudes de la Corte. El requisito del párrafo 5 del artículo 63 se refiere a cualquier solicitud formulada de conformidad con el párrafo 2. El Estado al que se presenta la solicitud tal vez ni siquiera haya aceptado la competencia de la Corte para conocer de ese crimen o esa categoría de crímenes. Se invita a la Comisión a que considere la posibilidad de eliminar el párrafo 5. Sin embargo, podría ser útil la formulación de directrices no obligatorias, según lo originalmente propuesto.

- 53. El párrafo 6 del artículo 63 es útil a juicio del Gobierno del Reino Unido, lo mismo que el reconocimiento del principio de especialidad establecido en el artículo 64.
- 54. En estos comentarios se habló anteriormente de la conveniencia de introducir un nuevo artículo sobre asistencia judicial en el que, entre otras cosas, se establecerían las obligaciones de los Estados Partes de cumplir con las solicitudes que se les presentan. Cabría considerar si se deberían imponer obligaciones, o el mismo grado de obligaciones, a los Estados Partes que no hayan aceptado la competencia de la Corte en relación con el crimen o la categoría de crímenes de que se trata. También parecería conveniente que el estatuto indicara, aun cuando la lista no fuese taxativa, los tipos de asistencia judicial que se pueden pedir a los Estados Partes como, por ejemplo, los establecidos en el artículo 1, párrafo 2 del Tratado modelo de asistencia recíproca en asuntos penales.

Artículo 66 (Ejecución de las penas)

Artículo 67 (Indulto, libertad condicional o conmutación de pena)

55. Se pide a la Comisión que considere si el estatuto debería incluir los procedimientos que se han de seguir en el caso de fuga de un preso condenado y sentenciado por el tribunal.

República Checa

[Original: inglés] [13 de mayo de 1994]

CONDICIÓN JURÍDICA DEL TRIBUNAL Y SU RELACIÓN CON LAS NACIONES UNIDAS

1. La condición jurídica del tribunal penal internacional debería regirse por un tratado internacional multilateral que al mismo tiempo regularía la relación del tribunal con el sistema de las Naciones Unidas. No sería práctico establecer el tribunal penal internacional como uno de los órganos principales de las Naciones Unidas, porque en ese caso parecería necesario enmendar la Carta de las Naciones Unidas. Ahora bien, cuando la creación del tribunal penal internacional llegue a ser una meta realista, no sería prudente exponer los resultados conseguidos

hasta ahora, en los largos años de labor codificadora, a los riesgos que implica la revisión de la Carta.

2. La relación del tribunal con las Naciones Unidas podría ser similar a las relaciones de los organismos especializados con las Naciones Unidas. Por lo tanto, la República Checa prefiere la segunda variante del artículo 2.

COMPETENCIA RATIONE MATERIAE DEL TRIBUNAL

- 3. En lo que respecta a la competencia ratione materiae del tribunal, el proyecto de estatuto hace particularmente hincapié en los crímenes definidos por los tratados internacionales. Ahora bien, después de la segunda guerra mundial, los crímenes previstos en el derecho consuetudinario internacional fueron perseguidos ante los tribunales internacionales y su castigo se contempla también en el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia. El artículo 26 del proyecto de estatuto del tribunal penal internacional permanente extiende la competencia del tribunal también a esta categoría de crímenes.
- 4. La República Checa está de acuerdo con este concepto. Sin embargo, el artículo 26 trata dos cuestiones diferentes al mismo tiempo: la competencia ratione materiae en el caso de los crímenes previstos por el derecho internacional general y la manera de aceptar esa competencia. No hay razón para que la cuestión de la competencia ratione materiae no pueda ser tratada plena y totalmente dentro de un solo artículo del estatuto, a saber: el artículo 22. Sería preferible insertar la idea del apartado a, párrafo 2 del artículo 26 dentro del artículo 22, como párrafo segundo.
- 5. En ningún caso la jurisdicción del tribunal debería incluir los crímenes previstos por el derecho nacional. Por consiguiente, la República Checa recomienda que se suprima el apartado *b* del párrafo 2 del artículo 26.
- 6. Por otra parte, la lista de los tratados sobre cuya base el artículo 22 define la jurisdicción ratione materiae parece incompleta. Si los criterios para incluir tratados en el artículo 22 son la existencia de una definición precisa del crimen, la entrada en vigor del tratado, así como la más amplia aceptación del tratado por la comunidad internacional, es difícil comprender por qué la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas no figuran en la lista.
- 7. Otro problema que ha de examinarse cuidadosamente es que no necesariamente todos los crímenes definidos en los mencionados tratados son de carácter tan grave que deban someterse al tribunal. No sería pertinente sobrecargar al tribunal con casos que puedan ser eficazmente castigados por los propios Estados. Por consiguiente, cierto nivel de gravedad de la transgresión debería ser requisito previo para establecer la jurisdicción del tribunal. El mecanismo del tribunal debería reservarse para los crímenes internacionales más graves, especialmente en los casos en que no pueda garantizarse su persecución ante los tribunales nacionales.

ACEPTACIÓN DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

- 8. De entre las variantes propuestas por el Grupo de Trabajo para el artículo 23, la República Checa preferiría la variante B.
- 9. Ahora bien, el estatuto debería prever una competencia obligatoria del tribunal que sería aceptada *ipso facto* con la adhesión del Estado al estatuto, al menos para un pequeño grupo de crímenes.
- 10. Por consiguiente, debería examinarse la posibilidad de combinar la variante B con el concepto de jurisdicción ipso facto respecto de un grupo relativamente pequeño de crímenes, que sin lugar a dudas son considerados por la comunidad internacional como los más graves, tales como los prohibidos por los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra y la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio. Respecto a todos los demás crímenes, la competencia del tribunal penal internacional debería aceptarse por el método opcional.
- 11. Así pues, debería crearse una especie de competencia básica *ratione materiae* y de esta forma los Estados que adhirieran al estatuto demostrarían de forma fehaciente su resolución de poner en marcha el mecanismo del tribunal.

CONSEJO DE SEGURIDAD

- 12. La República Checa acepta que el Consejo de Seguridad esté facultado para presentar denuncias, como lo establece el proyecto de estatuto.
- 13. Pese a la falta de una disposición explícita en este sentido sería apropiado que el Consejo de Seguridad tuviese derecho para someter una denuncia al tribunal sólo cuando los presuntos crímenes sean cometidos en las situaciones previstas en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Esto debería establecerse claramente en el estatuto.
- 14. También debería quedar fuera de dudas que la disposición general que exige la aceptación de la jurisdicción de los Estados no se aplica y que la facultad conferida al Consejo de Seguridad no depende de la aceptación por el Estado de la jurisdicción del tribunal.

Rumania

[Original: francés] [25 de febrero de 1994]

OBSERVACIONES SOBRE ALGUNOS ARTÍCULOS

Artículo 1

1. La denominación de «Tribunal» para el mecanismo jurisdiccional es preferible a la denominación de «Corte».

Artículo 2

2. En lo que respecta a la relación entre el tribunal y las Naciones Unidas, Rumania opta por la fórmula establecida en el primer párrafo del artículo 2, que dice «el Tribunal es un órgano judicial de las Naciones Unidas».

Artículo 4

3. Consideramos que la fórmula establecida en el párrafo 1 del artículo 4 es óptima.

Artículo 5

4. Nos parece aceptable asimismo la fórmula que consiste en disponer que el tribunal, en su calidad de sistema judicial internacional, tendrá como órganos constitutivos la «Corte», la «Secretaría» y la «Fiscalía».

Artículo 7

- 5. Rumania considera algo exagerado el plazo de 12 años que duraría el mandato de los jueces. Un mandato de seis años, con la posibilidad de reelección de los jueces por un único nuevo período, parece más conforme a las necesidades, por las razones siguientes:
- a) Un mandato de tal duración (12 años) no existe en los estatutos de otros órganos judiciales internacionales, siendo los mandatos conocidos de un máximo de 9 años, tanto en la Corte Internacional de Justicia como en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos;
- b) Un mandato de seis años, con la posibilidad de prolongarlo por una sola vez, se ajustaría más, a juicio del Gobierno rumano, al espíritu del proyecto de estatuto que se examina y que establece la posibilidad de reelección del Secretario (art. 12) y del Fiscal (art. 13);
- c) Si se estableciera el mandato de seis años, sería necesario en ese caso reducir asimismo la duración del mandato del Secretario de siete a cinco años (término este último que corresponde, por lo demás, a la duración del mandato del Fiscal).

Artículo 22

6. Rumania apoya la sugerencia de que sería conveniente incluir también, en la lista de los crímenes definidos por tratados, los hechos incriminados como aparecen en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Artículo 23

7. Entre las tres variantes del artículo 23, Rumania opta por la variante A.

Artículo 25

8. Rumania estima oportuno ampliar la categoría de quienes pueden someter asuntos a la Corte, de conformidad con el artículo 25, en el sentido de conferir esta facultad también a la Asamblea General, lo que permitiría evitar cualquier posible bloqueo, en particular en los casos en que uno de los miembros del Consejo de Seguridad ejerciera el derecho de veto.

Artículo 26

9. En lo que respecta a los debates relativos a la aceptación especial por los Estados de la competencia de la Corte, establecida en el apartado a, párrafo 2 del artículo 26 en relación con los crímenes que no están definidos como tales en las convenciones internacionales, como la agresión, o en lo que respecta al genocidio —en los casos de Estados que no son partes en la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio—, Rumania considera justificada la sugerencia de que este problema debería estar reglamentado también por el artículo 25. En esa forma el Consejo de Seguridad y la Asamblea General (tal como se propuso anteriormente) tendrían la facultad de someter a la Corte «todo crimen en virtud del derecho internacional general, es decir de una norma de derecho internacional aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma de carácter tan fundamental que su violación da lugar a la responsabilidad penal individual». Ello implica naturalmente el respeto de la condición prevista en el artículo 27, según la cual es necesario que se haya determinado previamente que el Estado interesado ha cometido el acto de agresión objeto de la imputación.

Sri Lanka

[Original: inglés] [15 de marzo de 1994]

OBSERVACIONES GENERALES

- 1. El Gobierno de Sri Lanka considera que para que el tribunal penal internacional pueda suscitar el máximo nivel posible de confianza y aceptación en el plano internacional, lo que es necesario para que desempeñe las importantes funciones que se le encomienden, se ha de constituir como una institución judicial imparcial que se encargue de preservar el imperio de la ley y administrar justicia al margen de consideraciones políticas. Frecuentemente se pedirá al tribunal que se pronuncie sobre complejas cuestiones jurídicas que también pueden entrañar elementos sustanciales políticamente sensibles. Es esencial que, al desempeñar sus funciones, el tribunal preste la debida atención a los principios de la soberanía, la integridad territorial y la independencia política de los Estados, tal como se consagran en la Carta de las Naciones Unidas.
- 2. El Gobierno de Sri Lanka desea felicitar a la Comisión de Derecho Internacional y a los miembros del Grupo de Trabajo encargado del proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional por el criterio pragmático

y flexible que han adoptado al preparar el proyecto de artículos. No obstante, es preciso abordar y resolver varias cuestiones de gran dificultad política, jurídica y práctica para que se pueda conseguir una amplia aceptación del estatuto.

Observaciones sobre algunos artículos

A.—CUESTIONES DE FONDO

Artículo 2 (Relación del Tribunal con las Naciones Unidas)

3. A juicio del Gobierno de Sri Lanka, no sería práctico que se constituyera un tribunal penal internacional como órgano principal o subsidiario de las Naciones Unidas. Sri Lanka considera que, por el momento, no parece que la comunidad internacional respalde suficientemente la idea de crear un tribunal penal internacional como órgano principal o subsidiario de las Naciones Unidas, lo que exigiría abordar la tarea fundamental de modificar la Carta de las Naciones Unidas. No obstante, el Gobierno de Sri Lanka reconoce la importancia de establecer un vínculo formal entre el tribunal y las Naciones Unidas para lograr que la institución que se cree goce de la autoridad necesaria para ejercer una competencia penal internacional y suscitar confianza en la comunidad internacional. Ello se podría lograr mediante la concertación de un tratado multilateral bajo los auspicios de las Naciones Unidas. De esa manera, el tribunal mantendría una estrecha relación de cooperación con la Organización, aunque sería independiente de ella.

Artículo 5 (Órganos del Tribunal)

- 4. Es de destacar que, en el proyecto de estatuto, la expresión «Tribunal» engloba la Corte, la Secretaría y la Fiscalía. El Gobierno de Sri Lanka comprende el argumento del Grupo de Trabajo de que, por razones teóricas, logísticas y de otra índole, los tres órganos tienen que ser considerados en el proyecto de estatuto como órganos constitutivos del mecanismo jurisdiccional internacional en su totalidad, pero desea destacar la importancia de garantizar la independencia que necesariamente ha de existir entre el órgano juzgador y el órgano acusador del mecanismo jurisdiccional internacional.
- 5. Según el estatuto, la Fiscalía se encargará de la instrucción de la causa, la iniciación del procedimiento y el ejercicio de la acción penal. La Fiscalía debe actuar con independencia en el desempeño de esas funciones. No cabe duda de que el tribunal estará facultado para examinar el ejercicio de esas funciones en sus diferentes etapas y pronunciarse al respecto. No obstante, esas funciones no se deben ejercer bajo la dirección del tribunal.

Segunda parte (arts. 22 a 28) [Competencia y derecho aplicable]

6. A juicio del Gobierno de Sri Lanka, las disposiciones de la segunda parte del proyecto de estatuto, relativas a la

competencia y el derecho aplicable, que constituyen el núcleo central del proyecto, plantean diversas cuestiones jurídicas que exigen un examen más detenido por parte de la Comisión.

- Se plantea la cuestión de determinar si hay razones suficientes para que se mantenga la separación entre los crímenes enunciados en el artículo 22 (Lista de los crímenes definidos por tratados) y los que figuran en el apartado b, párrafo 2 del artículo 26, es decir la distinción entre la norma primaria y la norma secundaria de competencia. El Gobierno de Sri Lanka considera que, por lo menos inicialmente, la competencia de la Corte se ha de limitar a los crímenes tipificados en tratados multilaterales que son objeto de un amplio grado de aceptación internacional. A este respecto, es de destacar que la lista que figura en el artículo 22 abarca esos tratados internacionales en los que se definen actos concretos que se han de considerar como crímenes graves; además, en esos tratados se establece un régimen de «extraditar o juzgar» respecto de dichos crímenes.
- 8. En lo concerniente a los crímenes tipificados en el Convenio de Montreal para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, que figura en el apartado d del artículo 22, se debería considerar la posibilidad de ampliar el alcance de la disposición mencionada para incluir los actos ilícitos contra los aeropuertos e instalaciones de la aviación civil, que son distintos que los actos ilícitos contra las aeronaves, y están abarcados en el Protocolo de 1988 del Convenio de Montreal de 1971.
- 9. El Gobierno de Sri Lanka considera que también debería figurar en el artículo 22 la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. La creciente vinculación entre el tráfico de estupefacientes, los actos de los grupos terroristas y el tráfico ilícito de armas constituye una amenaza cada vez mayor para la paz y la seguridad de las naciones de muchas regiones del mundo. Este fenómeno exige que la comunidad internacional considere esas actividades como crímenes graves con arreglo al derecho internacional.
- 10. Por otra parte, las disposiciones de la Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, al igual que ocurre con las convenciones enumeradas en el artículo 22, establece un régimen de «extraditar o juzgar» para los delitos relacionados con los estupefacientes y prevé el ejercicio de una competencia extraterritorial respecto de esos delitos cuando no se conceda la extradición. Dichos factores justificarían que dicha Convención se considerase en un pie de igualdad con otros tratados multilaterales enumerados en el artículo 22.
- 11. En lo concerniente a la categoría de crímenes considerados como crímenes «en virtud del derecho internacional general» a tenor de lo dispuesto en el apartado *a*, párrafo 2 del artículo 26, el Gobierno de Sri Lanka considera que esas disposiciones carecen del grado de exactitud y precisión necesario para que se dote a la Corte de competencia al respecto. En consecuencia, el Gobierno de Sri Lanka desea reiterar que, por lo menos inicialmente, la competencia de la Corte se debe limitar a los crímenes tipificados en tratados multilaterales.

- 12. En relación con la cuestión de la competencia de la Corte, es de destacar que el proyecto de estatuto, tal como está redactado, establece una competencia concurrente y no exclusiva, ya que preserva el derecho inherente de cada Estado Parte de poner al inculpado a disposición de sus tribunales nacionales o del tribunal penal internacional. El Gobierno de Sri Lanka está de acuerdo con ese criterio, que es una consecuencia lógica del régimen de «extraditar o juzgar» que surge de los tratados enumerados en el artículo 22. Ese régimen puede contribuir a salvar una laguna jurisdiccional que bien podría plantearse cuando el Estado requerido se negase a extraditar a sus propios nacionales o cuando el Estado requirente no tuviera manifiestamente confianza en el sistema judicial del Estado requerido.
- 13. Además, el hecho de que la Corte tenga una competencia concurrente entraña recabar el consentimiento de distintos Estados, a saber del Estado en el que se haya cometido el crimen y del Estado de la nacionalidad presunta del autor.
- 14. En el artículo 23 del proyecto de estatuto se prevé la aceptación expresa de la competencia *ratione materiae* por cada Estado Parte en el estatuto. El Gobierno de Sri Lanka respaldaría el sistema de «aceptación» de la variante A, que está en consonancia con el carácter consensual de la competencia de la Corte.
- 15. Se debe examinar más detenidamente el artículo 25 del proyecto de estatuto, en el que se dispone que la Corte será competente para entender en los asuntos correspondientes a los crímenes enunciados en el artículo 22 y en el párrafo 2, apartado a del artículo 26 cuando le hayan sido sometidos «por decisión del Consejo de Seguridad».
- 16. Con arreglo a las actuales disposiciones, no queda claro si el poder de «decisión» que se confiere al Consejo de Seguridad estará sometido a las mismas condiciones que se establecen en relación con el consentimiento cuando los Estados someten un asunto a la Corte. Si ese poder se confiriese al Consejo de Seguridad pero no a la Asamblea General, resultaría menoscabada la aceptabilidad general del estatuto y se desdibujaría cualquier acuerdo al respecto.
- 17. A juicio del Gobierno de Sri Lanka, sería prudente que, por lo menos en la fase inicial, sólo tuviesen derecho a someter asuntos a la Corte los Estados Partes. En cualquier caso, parece razonable suponer que, si la Corte se ha de constituir como una institución permanente que se encargará de ejercitar la jurisdicción penal internacional, tendrán que adherir al estatuto el mayor número posible de Estados. Así pues, un asunto se podría someter a la Corte por uno o más Estados de conformidad con una decisión adoptada por el Consejo de Seguridad.
- 18. Las disposiciones de los artículos 24 y 26, en las que se estipula que, antes de someter un asunto a la Corte, ha de prestar su consentimiento el Estado que tenga derecho a ejercer su jurisdicción respecto de dicho asunto, o respecto del presunto culpable, que se halla en su territorio, parecen obedecer al objetivo de conseguir que las obligaciones de los Estados con arreglo al proyecto de estatuto sean compatibles con las exigencias de su legislación nacional y de los tratados en que sean partes. La validez de ese objetivo resulta incuestionable.

- 19. No obstante, las actuales disposiciones del proyecto de estatuto, que son un tanto confusas, plantean varias cuestiones de considerable complejidad que exigen un examen más detenido. A este respecto, constituyen un ejemplo las disposiciones del artículo 63, relativo a la entrega de un procesado para ponerlo a disposición del tribunal.
- 20. En ese artículo se estipula que todo Estado Parte que haya aceptado la competencia de la Corte en lo concerniente al crimen de que se trate adoptará inmediatamente medidas para detener y poner a disposición de la Corte a la persona inculpada. Todo Estado Parte que sea también parte en el tratado en que se defina el crimen de que se trate pero no haya aceptado la competencia de la Corte para conocer ese crimen deberá entregar al inculpado para ponerlo a disposición del tribunal o procesarlo. En ese artículo se dispone asimismo que todo Estado Parte deberá, en lo posible, dar preferencia a cualquier solicitud de entrega del inculpado formulada por la Corte, sobre las solicitudes de extradición formuladas por otros Estados.
- 21. Es preciso examinar más detenidamente la cuestión de las obligación de extraditar en virtud de tratados preexistentes que tiene un Estado Parte en el estatuto respecto de un Estado que no es parte en el mismo, en el caso
 de que la Corte también haya formulado una solicitud de
 entrega de un presunto culpable.
- Los tratados multilaterales en los que se definen los crímenes indicados en el artículo 22 dan lugar a un régimen de «extraditar o juzgar» entre los Estados Partes en esos tratados. Se podrían plantear considerables dificultades jurídicas y políticas en el caso de que un Estado que sea parte en uno de esos tratados multilaterales, pero no en el estatuto del tribunal, presentase una solicitud de extradición a un Estado que sea Parte en el estatuto y en el mismo tratado multilateral. Por otro lado, es de destacar que, salvo en los casos de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio y de la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid, los tratados multilaterales enumerados en los artículos 22 y 26 no estipulan que los asuntos se sometan a un tribunal penal internacional. En el artículo 63 se intenta ampliar, por analogía, el alcance del régimen de «extraditar o juzgar» para hacerlo extensivo a la entrega de un presunto culpable para ponerlo a disposición de la Corte.
- 23. Esta cuestión exige un examen más detallado, en el que se debe prestar debida atención a las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados relativas a la modificación de los tratados. Además, se debe poner especial empeño en conseguir que las disposiciones del estatuto no menoscaben el ordenamiento jurídico establecido en virtud de tratados bilaterales sobre extradición.

B.—CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO

Artículo 30 (Instrucción y petición de procesamiento)

24. Ese proyecto de artículo se refiere a la recepción de la denuncia por el Fiscal, el cual decidirá si procede la

realización de una investigación. Ello es comparable a la situación existente cuando se recibe información respecto de la comisión de un crimen sobre el que puede entender la Corte.

- 25. El poder discrecional que se concede al Fiscal para decidir si se debe o no se debe emprender una investigación está en consonancia con el ejercicio de sus funciones. No obstante, en lo concerniente a la revisión de su resolución inicial, previa comprobación de que existe fundamento suficiente para ejercitar la acción penal, la Junta de Gobierno debe ordenar al Fiscal que inicie las investigaciones y no que ejercite la acción penal.
- A la terminación de esas investigaciones ordenadas por la Junta de Gobierno, el Fiscal deberá decidir si se debe pedir el procesamiento del presunto culpable. La decisión del Fiscal de no ejercitar la acción penal podrá ser revisada a instancia de la parte demandante. No obstante, es aconsejable que la Junta de Gobierno realice una investigación preliminar sin la participación de las partes interesadas, durante la cual se celebrará una audiencia si se dan circunstancias especiales. Si no se dan esas circunstancias, la decisión del Fiscal de no ejercitar la acción penal no debe ser objeto de revisión. Esta observación se formula por razones prácticas. Ciertamente el Fiscal debe actuar con suma cautela al ejercitar la facultad de no incoar la acción penal. El sistema no funcionará satisfactoriamente si se ordena al Fiscal que inicie el procedimiento penal en contra de su voluntad.

Artículo 32 (Procesamiento)

- 27. En este artículo se prevé el examen de la petición de procesamiento. Al parecer, esa disposición menoscaba la posición del Fiscal y prevé la realización de una investigación en el marco de otra investigación. Además, parece ser que esa disposición no concuerda con las disposiciones anteriores en las que se prevé que la Junta de Gobierno ordenará al Fiscal que inicie el procedimiento penal.
- 28. Deben regularse convenientemente las funciones del Fiscal de manera que únicamente se dicten autos de procesamiento cuando resulte procedente.

Artículo 38 (Cuestiones de competencia)

- 29. Cabe prever que la competencia de la Corte se impugne antes del comienzo del proceso y no después de que el inculpado haya respondido al auto de procesamiento. La impugnación de la competencia en otras etapas del proceso da lugar a pérdidas inútiles de tiempo y de energías. Sólo las personas interesadas en el asunto deben tener derecho a impugnar la competencia de la Corte.
- 30. Dado que afecta al fondo del asunto, la cuestión de la competencia debe ser resuelta en una fase prejudicial por una Sala constituida al efecto.

Artículo 48 (Modo de producir las pruebas)

31. La Corte debe resolver las cuestiones que se planteen en materia de pertinencia, admisibilidad y valor de

las pruebas. Hay una serie de principios básicos que se aplican respecto de la admisibilidad de las pruebas. Debe tenerse en cuenta si se han utilizado medios ilegales para obtener las pruebas a los efectos de determinar si esas pruebas son o no admisibles. En algunos casos, pueden admitirse las pruebas, aunque la Corte tal vez decida no asignarles valor alguno. Hay razones suficientes para permitir que la Corte decida libremente si procede o no admitir algún elemento concreto de prueba.

Artículo 49 (Vista)

32. En este artículo se aborda la cuestión de la impugnación de la competencia. Al parecer, la competencia debe impugnarse antes de que el acusado responda al auto de procesamiento. Ello se ajusta a las observaciones formuladas *supra*. La Corte se pronunciará sobre la impugnación antes de seguir adelante con el proceso.

Artículo 51 (Sentencia)

33. Se ha sostenido que los votos disidentes tienen una razón de ser y no deberían prohibirse. Un fallo adoptado por mayoría de votos no dejará de ser un fallo de la Corte. A ese respecto, los jueces deben tener libertad para disentir del fallo.

Artículo 55 (Apelación contra sentencias o penas)

- 34. Debe establecerse un plazo para apelar.
- 35. Se acepta que se debe reconocer un derecho a apelar contra los fallos de la Corte. No obstante, se debe establecer que el inculpado no tendrá derecho a apelar cuando se haya confesado culpable.
- 36. Asimismo, cabe considerar la posibilidad de que el Fiscal pueda ejercitar su derecho a apelar por los siguientes motivos:
 - a) por una cuestión de derecho;
- b) por una cuestión exclusivamente de hecho o una cuestión de hecho y de derecho, con la anuencia de la Corte;
- c) por considerar que la condena impuesta es inadecuada o ilegal.

Artículo 56 (Apelación)

- 37. No se ha previsto el procedimiento del proceso de apelación. Tal vez se establezca en el reglamento de la Corte. Se sugiere que, en la fase de apelación, se permita que se presenten a la Corte pruebas adicionales cuando se considere necesario.
- 38. De ser procedente, se podría constituir una Sala de apelaciones. Las calidades indiscutibles que tendrán los jueces de la Corte los habilitarán sin duda para actuar en ambas instancias.

C.—OTRAS CUESTIONES

- 39. En el estatuto no se pueden prever todas las situaciones que se pueden plantear en relación con las investigaciones, el ejercicio de la acción penal, el auto de procesamiento, el proceso, el fallo y la apelación y la revisión. En consecuencia, se sugiere que se incluya una disposición que abarque los casos no previstos. En esas situaciones, se podrían adoptar los procedimientos que contribuyan a hacer justicia en el caso siempre que fuesen compatibles con el estatuto.
- 40. También se puede adoptar una disposición para el juicio en rebeldía del inculpado. La persona que, habiéndose avenido al auto de procesamiento, no comparezca deliberadamente ante la Corte para ser procesada o la persona que, habiendo comparecido, obstruya deliberadamente la actuación de la Corte o no pueda comparecer ante ella por razones de salud u otro impedimento, podrá ser procesada en rebeldía.
- 41. Dado que se recurrirá profusamente a la legislación sobre la prueba durante las actuaciones ante la Corte, tal vez sea aconsejable contar por lo menos con un compendio de las normas aplicables en materia de prueba.
- 42. También se puede establecer una disposición para que la Corte pueda archivar las actuaciones contra el inculpado en cualquier fase del proceso cuando se considere que la continuación de éste no dará lugar a un fallo condenatorio del inculpado. La Corte debe dejar constancia de las razones por las que procede a archivar las diligencias.
- 43. También será conveniente contar con una disposición para que la Corte pueda archivar las diligencias una vez concluida la instrucción del sumario en caso de que, a la luz de las pruebas aportadas, no se pueda determinar la comisión del delito imputado al inculpado en el auto de procesamiento. La Corte emplazará al inculpado, para que prepare su defensa, en caso de que considere que existen motivos para que se celebre el juicio.

D.—RECURSOS FINANCIEROS Y DE OTRA ÍNDOLE

- 44. Cuando se precisen las disposiciones del estatuto, será importante que se preste atención a la cuestión de los fondos que se necesitarán para la creación y el funcionamiento de una institución de la índole del tribunal.
- 45. Ciertamente se deberían delimitar prontamente los posibles componentes de los costos, es decir las necesidades institucionales y las necesidades administrativas de otra índole a las que habrá que atender permanentemente en el plano internacional y otros mecanismos a los que se recurrirá en caso de necesidad (especialmente en relación con la investigación, el procesamiento, las actuaciones judiciales, el encarcelamiento, etc.).
- 46. En caso de que el tribunal se constituya como un órgano principal o subsidiario de las Naciones Unidas, no cabe duda de que sus modalidades de financiación (con cargo al presupuesto ordinario o mediante contribuciones

voluntarias) se examinarían detenidamente en las comisiones presupuestarias de la Asamblea General.

47. Si el tribunal se crea en virtud de un tratado, una de las principales cuestiones que habrá que resolver es la relativa a las disposiciones por las que se regirá su financiación. No obstante, es fundamental que el tribunal, cuya objetividad e integridad deben estar garantizadas y ser reconocidas por la opinión pública, tenga autonomía financiera y que, en consecuencia, se autofinancie y no dependa de las cuotas de los gobiernos, con independencia de que se constituya como un órgano principal o subsidiario de las Naciones Unidas o en virtud de un tratado.

Suecia

[Véase Países nórdicos]

Túnez

[Original: francés] [25 de febrero de 1994]

A.—RELACIÓN DEL TRIBUNAL CON LAS NACIONES UNIDAS

1. Túnez se inclina por la opción de que el tribunal sea un órgano de las Naciones Unidas. Dicha fórmula conferiría a ese órgano jurisdiccional la autoridad y la permanencia que se desean y garantizaría el reconocimiento internacional de su competencia.

B.—DERECHO APLICABLE

- 2. Túnez está de acuerdo con la lista de tratados y convenciones internacionales que se enumeran en el artículo 22 del proyecto, los cuales deben constituir la base del derecho aplicable por el tribunal. No obstante, Túnez considera necesario que esa lista incluya también la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.
- 3. Por otra parte, es preciso destacar que solamente algunos de los tratados enumerados en el artículo 22 definen con precisión los actos que prohíben. El derecho internacional consuetudinario, que sirve de complemento a esos tratados, tampoco sirve para definir correctamente dichas infracciones. Esa situación podría dar lugar a dificultades a la hora de precisar internacionalmente los elementos constitutivos de una infracción internacional en cumplimiento del principio de igualdad, que está reconocido en todos los ordenamientos penales del mundo. Por consiguiente, sería conveniente agilizar la labor de preparación del código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

C.—COMPETENCIA

- 4. A juicio de Túnez, la Corte sólo debería tener competencia para juzgar a las personas físicas, por lo que no podría hacer lo propio con los Estados ni las organizaciones internacionales, ya que ello sería contrario a los principios de la soberanía y de la inmunidad jurisdiccional de los Estados, cuestión esta que se aborda en el proyecto de Convención preparado al respecto por la Comisión de Derecho Internacional¹.
- 5. Por otra parte, en espera de que se concluya la preparación de un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, la competencia *ratione materiae* de la Corte se podría definir mediante la concertación de acuerdos especiales entre los Estados Partes en el estatuto o mediante aceptación individual. De ese modo se determinarían con la máxima precisión posible las infracciones respecto de las que uno o varios Estados reconocerían la competencia de la Corte. Los acuerdos o actos unilaterales indicados podrían formalizarse en cualquier momento.
- 6. Además, la Corte podría tener competencia para juzgar a cualquier persona, siempre que el Estado del que fuese nacional y el Estado en cuyo territorio se hubiese cometido el crimen hubiesen aceptado su jurisdicción (esta solución es similar a la del Relator Especial).
- 7. Por último, también es preciso tener en cuenta los derechos de los Estados en caso de que sean objeto de actos criminales los bienes de su propiedad que estén ubicados en un territorio distinto del suyo (Convenio y Protocolo de Montreal para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil).

D.—Nombramiento de los jueces

8. A este respecto, Túnez sugiere que cada Estado Parte en el estatuto presente la candidatura de una persona que reúna las condiciones morales y las competencias necesarias. Una vez presentadas las candidaturas, los jueces de la Corte serían elegidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Esta fórmula permite garantizar la independencia e imparcialidad de los jueces y refuerza al mismo tiempo los vínculos entre la Organización y el tribunal.

E.—ESTRUCTURA DEL TRIBUNAL

- 9. Túnez apoya la propuesta del Relator Especial sobre la estructura del tribunal, integrado por:
 - a) La Corte, que sería el órgano juzgador;
 - b) La Secretaría, que sería el órgano administrativo; y
 - c) La Fiscalía, que sería el órgano acusador.

F.—Interposición de denuncias ante la Corte

10. Contrariamente a la propuesta del Relator Especial de que sólo se permita a los Estados interponer denuncias ante la Corte, con independencia de que sean o no sean Partes en el estatuto, Túnez considera que ese derecho se tendría que hacer extensivo a las organizaciones internacionales. Dicha solución permitiría que se protegieran mejor los derechos humanos.

G.—PETICIÓN DE PROCESAMIENTO

11. Con el fin de garantizar la neutralidad y la imparcialidad de la Corte, el ministerio público, que no es el Estado denunciante, debería ser el encargado de formular la petición de procesamiento, de conformidad con la segunda fórmula propuesta por el Relator Especial.

H.—Instrucción

12. La propia Corte debería celebrar una vista para ocuparse de la instrucción. Si el asunto fuese demasiado complejo, la Corte podría constituir una comisión especial de investigación. Esta solución obedece al objetivo de proteger los derechos del inculpado y de garantizar la objetividad de la instrucción.

I.—DERECHO A UN JUICIO IMPARCIAL

13. En lo concerniente al artículo 40 del proyecto, convendría enunciar un principio general en favor del acusado, en cuya virtud se le garantizaría el disfrute de los derechos fundamentales establecidos en el derecho internacional convencional y consuetudinario y reconocidos por los principios generales del derecho.

J.—PRINCIPIO DE LEGALIDAD

- 14. A este respecto, es preciso formular dos observaciones:
- a) En el artículo 41, relativo al principio de legalidad, no se menciona con claridad uno de sus corolarios más importantes, a saber la irretroactividad de la legislación penal internacional. Sin embargo, parece ser que esa referencia es fundamental y da lugar a que se tenga en cuenta el único factor de atenuación que hace al caso, a saber la aplicación de la norma penal internacional más favorable al acusado a pesar de la gravedad de los crímenes que se sancionan;
- b) Por lo que respecta al requisito de que el delito esté tipificado, no sólo en las normas internacionales sino también en la legislación nacional, es evidente que una jurisdicción penal internacional resultaría ineficaz si únicamente se pudiese proceder contra el culpable de la comisión de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad cuando ese crimen fuese condenado por la

¹ Para el texto del proyecto sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 13 a 67.

legislación del país del que fuese nacional el inculpado. ζ Qué ocurriría con los actos criminales que no estuviesen tipificados en el ordenamiento jurídico de algunos países? En consecuencia, convendría dejar de lado el requisito de que los hechos incriminados estén tipificados en la legislación nacional cuando esos mismos hechos estén tipificados en el derecho internacional convencional o consuetudinario.

K .--- PENAS APLICABLES

- 15. Túnez está de acuerdo con la propuesta del Relator Especial de que, mientras no exista un código penal internacional en el que se establezcan penas, se confiera a la Corte la facultad de remitirse a la legislación del Estado del autor del crimen, a la legislación del Estado denunciante (Estado víctima) o incluso a la legislación del Estado en cuyo territorio se haya cometido el crimen.
- 16. Por otra parte, no se ha previsto la posibilidad de que un crimen sea cometido por personas de diferentes nacionalidades. Si la Corte se remitiese respectivamente a la legislación de los Estados de los que fuesen nacionales cada uno de los inculpados se podrían dictar fallos diferentes con penas diferentes, lo que constituiría una discriminación para los inculpados. Con objeto de resolver ese problema, convendría recurrir a la aplicación de una legislación única, preferentemente la ley del Estado víctima, lo que permitiría que el fallo tuviese cierta homogeneidad y reforzaría el sentimiento en el Estado víctima de que se le hizo realmente justicia.

L.—RECURSO DE REVISIÓN

17. El inculpado debería beneficiarse del derecho al recurso de revisión en caso de que se comprobase la existencia de un hecho nuevo que, siendo desconocido durante el proceso o la apelación, podría haber tenido una influencia decisiva en el fallo de la Corte.

M.—IDIOMAS DE TRABAJO

18. En el artículo 18 del proyecto se estipula que los idiomas de trabajo del tribunal serán el francés y el inglés. Esa disposición es restrictiva. Convendría, a este respecto, que los idiomas oficiales del tribunal fuesen los de las Naciones Unidas.

Yugoslavia

[Original: inglés] [10 de marzo de 1994]

OBSERVACIONES GENERALES

1. El Gobierno de la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) desea formular algunas observaciones generales en relación con la necesidad de esta-

blecer el tribunal mencionado y señalar a la atención del Secretario General su posición al respecto.

En su carta de fecha 19 de mayo de 1993 (A/48/170-S/25801), el Ministro de Relaciones Exteriores de la República Federativa de Yugoslavia reconoció la necesidad de crear un tribunal penal internacional permanente, al tiempo que expresó su desacuerdo con el establecimiento de un tribunal internacional especial encargado de enjuiciar únicamente a las personas responsables de graves violaciones del derecho humanitario internacional cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia. La República Federativa de Yugoslavia considera beneficioso para los Estados miembros de la comunidad internacional el hecho de que se amplíe el ordenamiento jurídico internacional existente mediante el establecimiento de ese tribunal que, por una parte, contribuiría a la solución de controversias y, por otra, permitiría que la comunidad internacional aplicase con éxito todas las medidas a su alcance para reprimir y prevenir cualquier acto que constituyese una amenaza.

Observaciones sobre algunos artículos

Artículos 1 a 4

- 3. De los tres posibles modos de establecer el tribunal —mediante una revisión de la Carta de las Naciones Unidas a fin de crear un nuevo órgano, mediante una resolución de la Asamblea General o mediante una convención multilateral—, el mejor de ellos parece ser el primero: crearlo como órgano de las Naciones Unidas previa reforma de la Carta. A este respecto, se debería aprovechar la posible revisión de la Carta para proceder también a la esperada ampliación del Consejo de Seguridad mediante la admisión de nuevos miembros permanentes.
- 4. El hecho de que el tribunal se establezca en virtud de una resolución de la Asamblea General presenta principalmente la desventaja de que, con arreglo al Artículo 22 de la Carta, sería únicamente un órgano subsidiario de las Naciones Unidas y estaría subordinado a la Asamblea General, lo que va en contra del principio de la independencia del poder judicial, principio cuya violación resultaría especialmente improcedente en el caso de ese importante tribunal.
- 5. Al parecer, la única solución posible por el momento es establecer el tribunal mediante una convención multilateral en virtud de la cual todos los países podrían adherir al estatuto y reconocer la competencia de la Corte respecto de ciertos actos criminales, con independencia de que esos países fuesen o no fuesen miembros de las Naciones Unidas. No obstante, en caso de que se estableciese de ese modo, el tribunal estaría vinculado lo más posible a las Naciones Unidas en virtud de un acuerdo de cooperación o de una disposición en la que se establecería que la Asamblea General procedería al nombramiento de los jueces y del Fiscal.
- 6. En lo concerniente al proyecto de artículo 4, en el que se estipula que el tribunal «se reunirá cuando sea necesario para conocer de un asunto que le haya sido sometido», el Gobierno de Yugoslavia desea destacar que el tribunal debe ser un órgano de carácter permanente, aunque ello no debe entrañar que funcione permanentemente. Basta-

ría con establecer el tribunal, cuyos jueces serían nombrados por elección, y dotarlo de una competencia rigurosa delimitada y de un sistema de administración de justicia.

Artículos 5 a 11

- 7. No cabe duda de que la estructura del tribunal ha de ser la propuesta; no obstante, los órganos juzgador y acusador han de ser completamente independientes entre sí. Por lo que respecta a la Fiscalía, la posición del Gobierno yugoslavo figura en las observaciones al artículo 13.
- 8. La elección de los jueces debería corresponder a los Estados Partes en la Convención relativa al establecimiento del tribunal; en caso de que éste se constituyese en el marco de la Carta de las Naciones Unidas, la Asamblea General se encargaría de elegirlos. Cualquiera de esas soluciones reforzaría la independencia y la imparcialidad de los jueces y serviría para establecer un estrecho vínculo entre el tribunal y los Estados que lo hubiesen constituido, es decir entre el tribunal y las Naciones Unidas.
- 9. La Corte también debería contar con órganos administrativos bien organizados, dado que no funcionaría de manera permanente, sino únicamente cuando se le sometiese un asunto. El régimen y la organización de los órganos administrativos deberían regularse en el reglamento de la Corte.
- 10. La disposición sobre la recusación de los jueces tiene gran importancia. Por ello, tanto el juez que se inhibe para intervenir en una causa como el acusado que recusa a un juez deben exponer los fundamentos de su decisión. No se debe establecer ninguna limitación al número de jueces que podrán ser recusados; además, de conformidad con los párrafos 1 y 2 del artículo 11, se deben adoptar decisiones del mismo modo y con el mismo quórum.

Artículo 13

- 11. Las funciones de la Fiscalía deben quedar separadas de las funciones de la Corte. Dado que el Fiscal ha de ocuparse de la labor fundamental de dirigir la instrucción y la acusación, sus funciones han de quedar claramente delimitadas y separadas de las de las partes que comparecen ante la Corte y de la propia Corte. En consecuencia, la elección y las funciones del Fiscal se deben regular con detalle.
- 12. El Fiscal también podría ser elegido por la Asamblea General de entre candidatos procedentes de varios países, quienes deberían reunir las mismas condiciones que los candidatos a jueces.
- 13. Por otra parte, al margen de la solicitud formulada por el Estado de que se trate, el Fiscal podría ejercitar la acción penal por sí mismo o por iniciativa del Consejo de Seguridad si existiesen sospechas fundadas de que se hubiese cometido un crimen de guerra.

Artículos 15 a 18

14. La separación del cargo se debe regular del mismo modo que en el Estatuto de la Corte Internacional de Jus-

ticia. El Gobierno yugoslavo considera inaceptable que la separación del cargo sea decidida por mayoría de dos tercios de los jueces de la Corte, ya que ello pone en tela de juicio la independencia que debe tener la Fiscalía.

Artículo 19

15. El Gobierno yugoslavo considera que en éste o en otros artículos del proyecto de estatuto se deben establecer normas fundamentales y principios generales en relación con el procedimiento y la prueba.

Artículos 22 a 26

- 16. El Gobierno yugoslavo es partidario de que la competencia *ratione personae* de la Corte se limite a las personas físicas.
- 17. La competencia ratione materiae de la Corte en los casos previstos en el artículo 22 debe ser obligatoria para todos los Estados Partes en el estatuto y no debe depender de la voluntad de los Estados ni de la formulación de reservas.
- 18. Si se acepta la propuesta del artículo 23, la Corte verá amenazados sus objetivos y sus funciones. El Gobierno yugoslavo considera que, para que pueda funcionar eficazmente, la Corte debe estar facultada para atribuir responsabilidad penal y hacer cumplir las penas en un número mínimo de casos que sea generalmente aceptado, teniendo siempre presente la soberanía de los Estados. Habida cuenta de la estructura, la gravedad y las consecuencias de los crímenes, la relación de crímenes del artículo 22 y sus posibles ampliaciones (por ejemplo tal como se propone para los mercenarios) constituyen el número óptimo que debe servir de base para que los Estados alcancen un consenso respecto de la competencia obligatoria de la Corte.
- 19. A este respecto, la competencia de la Corte en cuanto a los crímenes del artículo 22 no debe depender del consentimiento del Estado del inculpado o del Estado en que se haya cometido el crimen en caso de que esos Estados sean signatarios del estatuto.
- 20. A juicio del Gobierno yugoslavo, la Corte podría tener una competencia subsidiaria respecto de los casos previstos en el artículo 26 del proyecto (es decir la competencia dependería del consentimiento de los Estados interesados).
- 21. Por lo que respecta a la posibilidad de que el Consejo de Seguridad quede facultado para someter asuntos a la Corte, el Gobierno yugoslavo considera que, en ese caso, el Consejo de Seguridad no podría actuar en calidad de Fiscal, es decir inculpando a determinadas personas. En el marco de sus atribuciones en relación con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, el Consejo de Seguridad debería estar facultado para señalar situaciones de agresión a la atención de la Corte y del Fiscal, quien se encargaría de iniciar las investigaciones y de ejercitar la acción penal.

Artículo 29

22. Dado que, a efectos de la iniciación del procedimiento penal ante la Corte, el Consejo de Seguridad ha de desempeñar un papel distinto del papel del Fiscal, se debe establecer una diferencia entre las solicitudes presentadas por los Estados y la actuación inicial del Consejo de Seguridad. En las solicitudes de los Estados deben figurar las circunstancias manifiestamente necesarias para iniciar las actuaciones penales (en particular la identificación del presunto culpable, elementos válidos de prueba, descripción de los crímenes), en tanto que la actuación inicial del Consejo de Seguridad no debe contar con ese respaldo, sino que debe señalar la existencia de una agresión, es decir servir de orientación al Fiscal para realizar la investigación cuando se plantee la cuestión de los crímenes enunciados en el artículo 22, los cuales, a juicio del Gobierno yugoslavo, deberían quedar sometidos obligatoriamente a la competencia de la Corte.

Articulos 30 a 32

- 23. El Gobierno yugoslavo considera que se debe prever la revisión de un caso cuando el Fiscal resuelve no ejercer la acción penal, es decir que esa función no se debería conferir a la Junta de Gobierno de la Corte.
- 24. Antes de que se dicte el auto de procesamiento, las Salas de la Corte, y no la Junta de Gobierno, deben ser las únicas facultadas para dictar la orden o el mandamiento de detención. Las Salas también deben estar facultadas para determinar la duración de la detención.
- 25. La petición de procesamiento formalizada por el Fiscal se debería someter únicamente a examen de una de las Salas con el objeto de que ésta determine si existen o no existen indicios razonables de criminalidad.
- 26. Todo ello indica que, antes de que la Corte dicte auto de procesamiento, una de sus Salas debe tener competencia para ocuparse de todas esas cuestiones.

Artículos 37 y 38

- 27. Las Salas de la Corte se deben constituir de conformidad con el reglamento que apruebe la Corte y no cuando lo juzguen oportuno los miembros de la Junta de Gobierno.
- 28. Sólo deben estar facultados para impugnar la competencia de la Corte en cada caso concreto los Estados partes en una controversia (no cualquier Estado Parte en el estatuto) a fin de respetar el principio de la buena organización de las actuaciones. El inculpado también debe estar facultado para impugnar la competencia de la Corte antes de que se dicte auto de procesamiento o del proceso propiamente dicho, impugnación sobre la que debe resolver la Corte o una de sus Salas.

Artículo 44

29. El Gobierno yugoslavo considera que el apartado h, párrafo 1 del artículo 44 contradice lo dispuesto en el apartado d, párrafo 3 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el que se dispone que toda persona acusada de un delito tendrá derecho a hallarse presente en el proceso, lo que constituye una de

las garantías del derecho a un juicio imparcial. La posibilidad de que el tribunal penal internacional celebre juicios en rebeldía, lo que es contrario a una de las convenciones fundamentales de derecho internacional, pondría en peligro la autoridad de la Corte, al tiempo que su eficacia se vería cuestionada por la imposibilidad de hacer cumplir la pena. La Asamblea General y el Consejo de Seguridad están facultados para imponer ciertas sanciones morales, por lo que no hay necesidad de que un tribunal haga lo mismo.

Artículo 45

30. El Gobierno yugoslavo considera inaceptable que la Corte pueda revisar el fallo de un tribunal nacional, según lo dispuesto en el apartado *b*, párrafo 2 del artículo 45. Si existen sospechas fundadas de que el tribunal nacional no actuó con imparcialidad, se podría incoar un proceso en segunda instancia ante la Corte, la cual actuaría como tribunal de apelación.

Artículo 47

31. La Corte no debería tener en cuenta ni evaluar las pruebas obtenidas en contravención de las disposiciones pertinentes del derecho internacional.

Artículos 55 a 57

- 32. Se debe reconocer el derecho del condenado y del Fiscal a apelar contra el fallo de la Sala de la Corte. Debe establecerse un plazo para hacerlo. No obstante, el derecho del Fiscal se podría limitar (aunque no excluir totalmente) en caso de que el inculpado fuese absuelto.
- 33. El Gobierno yugoslavo considera que la Junta de Gobierno no debe constituir la Sala de Apelaciones a los efectos del examen de lo dispuesto en los artículos 30 y 32 del proyecto. Esa cuestión debe quedar regulada de antemano.
- 34. La solución más aceptable consistiría en que resolviesen sobre la apelación todos los jueces reunidos en sesión plenaria, en la que no participarían los jueces que hubiesen dictado el fallo en primera instancia.
- 35. Habida cuenta de lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no se debe permitir que el Fiscal solicite la revisión de la sentencia en perjuicio del inculpado, es decir en caso de que haya sido absuelto (como dispone el artículo 57).

Artículo 63

- La orden de detención y entrega del inculpado sólo puede ser dictada por la Sala de la Corte.
- 37. También debe ser obligatoria la extradición de las personas a las que se impute la comisión de los crímenes enunciados en el artículo 22 del proyecto, siempre que la Corte tenga competencia obligatoria al respecto.
- 38. En los demás casos, la extradición debe depender de la aceptación de la competencia de la Corte por parte del Estado de que se trate. En ese supuesto, es aceptable la solución del apartado *b*, párrafo 3 del artículo 63.

II.—Observaciones recibidas de un Estado no miembro

Suiza

[Original: francés] [8 de febrero de 1994]

OBSERVACIONES GENERALES

- 1. No se puede menos que felicitar a la Comisión de Derecho Internacional, a su Relator Especial, Sr. Doudou Thiam y al Grupo de Trabajo por haber sabido adaptarse con tanta rapidez a las exigencias en constante evolución de la situación internacional al preparar en un tiempo tan breve el proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional, objeto del presente comentario. Cierto que la labor del Grupo de Trabajo y la Comisión ha sido facilitada, en alguna medida, por el notable informe del Secretario General de las Naciones Unidas relativo a la creación de un Tribunal Internacional encargado de juzgar a las personas presuntamente responsables de violaciones graves al derecho humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde 1991 (en adelante «Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia»).
- 2. Es evidente que el establecimiento de una jurisdicción penal internacional de carácter permanente plantea problemas más difíciles aún que la creación de un Tribunal cuya competencia esté limitada a las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia. En este último caso el estatuto del Tribunal fue inmediatamente aplicable al conjunto de Estados Miembros de las Naciones Unidas según el Artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas, porque figuraba como anexo a la resolución 827 (1993) tomada por el Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII de la Carta.
- 3. Evidentemente, no se puede seguir este procedimiento excepcional para el establccimiento de un tribunal internacional permanente. Será necesario esta vez seguir el procedimiento tradicional. Sólo serán partes en el futuro convenio los Estados que lo deseen. Ahora bien, es de temer que sólo se comprometan los países cuyos nacionales tengan poco o nada que reprocharse, en tanto que los demás Estados se mantendrán al margen, privando de esta manera al nuevo instrumento de una parte de su utilidad. Esto es una realidad y no una crítica a la CDI pues, en efecto, no es fácil ver qué procedimiento podría seguirse distinto del convencional.
- 4. Así, el futuro tribunal penal internacional será una jurisdicción al servicio de los Estados Partes en el convenio que lo cree (art. 4) y no del conjunto de Estados Miembros de las Naciones Unidas. Esta situación es diferente de la de la Corte Internacional de Justicia, «órgano judicial principal de las Naciones Unidas» (Artículo 92 de la Carta), que se rige por un Estatuto del que son *ipso*

Informe elaborado de conformidad con el párrafo 2 de la resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad y presentado el 3 de mayo de 1993 (S/25704 y Corr.1 y Add.1).

facto partes todos los Miembros de las Naciones Unidas (párrafo 1 del Artículo 93 de la Carta). Este automatismo no se da en el nuevo tribunal penal que, por consiguiente, no podría ser un «órgano judicial» de las Naciones Unidas, como pretenden el texto que aparece entre corchetes en el artículo 2 del proyecto y cierto número de representantes que se manifestaron sobre este punto en la Sexta Comisión de la Asamblea General². El Gobierno suizo piensa que convendría orientarse hacia otra fórmula como la de la independencia del tribunal que, no obstante, quedaría vinculado a las Naciones Unidas por un acuerdo de cooperación.

OBSERVACIONES SOBRE ALGUNOS ARTÍCULOS

Primera parte (arts. 1 a 21)

- 5. La primera parte del proyecto de la CDI trata de la organización de la futura jurisdicción internacional. El nuevo tribunal se compondría de la Corte, integrada por 18 jueces de diferentes nacionalidades elegidos para un mandato único de 12 años, la Secretaría y la Fiscalía, asistidos por el personal necesario.
- 6. Estos tres componentes parecen indispensables: no es fácil ver cómo podrían encargarse de la instrucción los Estados demandantes. La aprobación general dada por el Gobierno suizo a esta primera parte del texto no significa en modo alguno que haga suyas todas las disposiciones institucionales del proyecto. Encuentra exagerado el número de 18 jueces (art. 5) —la Corte Internacional de Justicia sólo tiene 15 miembros— y preferiría que se siguiera el artículo 12 del estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, que prevé 11 jueces (repartidos en dos salas de primera instancia de tres jueces y una sala de apelaciones integrada por cinco jueces). La cláusula de revisión prevista en el proyecto (art. 21) permitiría aumentar el número de jueces de la Corte en función del volumen de trabajo. El Gobierno suizo considera igualmente excesiva la duración del mandato no renovable de los jueces, fijada en 12 años (art. 7, párr. 6) y propone reducirla a nueve.

Segunda parte (arts. 22 a 28)

7. La segunda parte del proyecto, denominada «De la competencia y el derecho aplicable», define los crímenes que pueden dar origen a la competencia de la Corte y los límites de esa competencia. Establece la distinción entre las infracciones calificadas de crímenes internacionales por los tratados que las reprimen (art. 22) y los «comportamientos indeseables» sancionados por el derecho internacional consuetudinario o convencional. Incluso en los

² Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, sesiones 17.ª a 28.ª.

casos de crímenes pertenecientes a la primera categoría, la Corte no es competente *per se*: es necesario que el Estado interesado, identificado con ayuda de los criterios indicados en el artículo 24, haya aceptado su jurisdicción.

8. El artículo 23 ofrece tres variantes en cuanto a las modalidades de esta aceptación. El Gobierno suizo prefiere la variante B: aceptación presumida de la competencia de la Corte para los crímenes internacionales previstos en el artículo 22; necesidad de una declaración unilateral de aceptación en el caso de los «comportamientos» contemplados en el artículo 26.

Tercera parte (arts. 29 a 35)

- 9. La tercera parte del proyecto se refiere esencialmente a la instrucción y el inicio del procedimiento penal. Entre quienes pueden interponer denuncia ante el Fiscal figura el Estado —sea o no parte en el futuro estatuto— que tenga derecho a ejercer su jurisdicción respecto del crimen de que se trata y que haya aceptado la competencia de la Corte con respecto a ese crimen. Figura también el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (art. 25) con relación a los crímenes enunciados en el artículo 22 y a los «comportamientos» reprimidos por el derecho internacional general (apart. a, párr. 2, art. 26).
- 10. No se ve con claridad el alcance preciso del artículo 25: o bien esta disposición hace automáticamente competente a la Corte para conocer de los asuntos que le hayan sido sometidos por el Consejo de Seguridad, o bien mantiene la exigencia, prevista en los artículos 23 y 26, de que el Estado interesado acepte la competencia de la Corte. Es esencial que el proyecto o su comentario disipen toda duda al respecto. El Gobierno suizo tropezaría con graves dificultades para aceptar la primera interpretación si la Comisión decide mantenerla. En otros términos, estima que la exigencia del consentimiento del Estado interesado debe mantenerse también para los casos que hayan sido sometidos a la Corte por el Consejo de Seguridad.
- 11. En cuanto al inicio del procedimiento penal, no se comprende la razón por la que la CDI ha optado por negar a la Fiscalía la facultad de iniciar la investigación sobre la base de las indicaciones recibidas, incluso si al término de la investigación llega a la conclusión de que la Corte es incompetente para conocer del asunto. La solución mantenida en el proyecto de artículo difiere de la admitida por el artículo 18 del estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, que es la preferida por el Gobierno suizo.
- 12. Otra cuestión que surge en el marco de la tercera parte es el comentario sobre el artículo 31 del proyecto, que da a la Corte un poder casi total en materia de detención preventiva. Si resulta imposible limitar la duración de la detención sería necesario al menos, según el Gobierno suizo, establecer un mecanismo que permita al detenido solicitar su libertad provisional.

Cuarta parte (arts. 36 a 54)

13. La cuarta parte del proyecto se ocupa del juicio. El primer punto que se podría plantear en este contexto es la invitación dirigida por la CDI a los Estados, que figura en

- el apartado b, párrafo 6 de su comentario al artículo 38 del proyecto, para que respondan a la cuestión de saber si el estatuto debe prever la posibilidad de que el procesado impugne la competencia de la Corte del mismo modo que los Estados Partes (art. 38, párr. 3). Dado que el proyecto tiene precisamente por objeto la responsabilidad penal internacional de los individuos, el Gobierno suizo no ve ninguna razón para negarles esa facultad.
- 14. El artículo 53 del proyecto trata de las penas aplicables. Ahora bien, la escala de sanciones prevista en este artículo es de una gran flexibilidad, pues va de una pena privativa de libertad mínima no especificada hasta la reclusión a perpetuidad y autoriza multas «de cualquier cuantía». Cierto que al determinar las penas, la Sala «podrá tener en cuenta» (art. 53, párr. 2) las sanciones previstas en la legislación penal de diversos Estados y las circunstancias agravantes o atenuantes (art. 54). Con todo, estas reglas parecen demasiado vagas para hacer justicia al principio nulla poena sine lege. Su precisión sería mayor si en el artículo 53 se dijera que la Sala deberá en vez de podrá tener en cuenta las sanciones previstas en la legislación nacional de los países interesados.
- El apartado h, párrafo 1 del artículo 44 del proyecto excluye los juicios en rebeldía. Según el comentario dedicado a esta disposición, esa posibilidad se ha descartado teniendo particularmente en cuenta el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que exige la presencia del acusado en el proceso. Se ha seguido así el precedente establecido en el marco del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia³, que excluye los juicios in absentia con el mismo fundamento. Sin embargo, esto último no parece absoluto, al menos en la medida en que un procedimiento permite al condenado recurrir en apelación si ha sido juzgado in absentia. La cuestión esencial consiste en saber si la autorización de juzgar y condenar en rebeldía no presentaría el peligro de transformar a la Corte en un órgano carente de toda eficacia. El Gobierno suizo piensa que este peligro es real y que, en consecuencia, el apartado h del párrafo 1 del artículo 44 del proyecto debería ser sustituido por un texto que prohibiera los juicios en rebeldía.

Quinta parte (arts. 55 a 57)

- 16. La quinta parte del proyecto, que trata de la apelación y la revisión, abre la posibilidad de recurso a los condenados que puedan alegar errores esenciales de derecho, errores de hecho que puedan dar lugar a un error judicial o una desproporción manifiesta entre el crimen y la pena (art. 55). Se debe mantener esta disposición. No obstante, subsiste un problema.
- 17. Los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9, párr. 4; Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, art. 5, párr. 4; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 7, párr. 6) exigen a las legislaciones nacionales que prevean un recurso contra la detención arbitraria. En tales circunstancias, habría que

³ S/25704 (nota 1 *supra*), párr. 101.

autorizar la introducción de un recurso interno contra las detenciones efectuadas para poner a los detenidos a disposición del tribunal y cuyos motivos deberían ser estrictamente limitados y de carácter ampliamente formal; además, los plazos previstos deberían ser muy breves.

Sexta parte (arts. 58 a 64)

18. Por último, la sexta parte del proyecto enuncia importantes obligaciones en materia penal para los Estados Partes en el estatuto del futuro tribunal, en particular en cinco esferas: la búsqueda de personas, la recepción de declaraciones de los testigos, la realización de diligencias de prueba, la detención y entrega de personas, la aplicación de medidas cautelares (arts. 58 a 63). La cooperación así prevista entre las autoridades administrativas y judiciales nacionales, por una parte, y el tribunal, por la otra, parece en efecto indispensable para asegurar el funcionamiento efectivo de este último. En tal contexto, el proyecto omite pronunciarse sobre la entrega de nacionales (cf. art. 63); este silencio significa sin duda que la entrega puede ser exigida por el tribunal. Ahora bien, ciertos países no admiten la extradición de sus nacionales. ¿No sería preferible solucionar el problema de los nacionales del

Estado notificado sometiéndoles al principio aut dedere aut judicare?

Conclusión

- 19. Los comentarios precedentes, que derivan en parte de la experiencia del establecimiento del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia y en parte de los problemas que plantea actualmente la aplicación de su Estatuto a nivel del ordenamiento jurídico nacional, no son en modo alguno exhaustivos. Sin embargo, no por ello se debe dejar de advertir que este proyecto, bien hecho y útil, llega en el momento oportuno, por lo que cuenta con el apoyo del Gobierno suizo. Se trata ahora de no perder el impulso y aprovechar el interés manifestado por los Estados y el público en general hacia una jurisdicción penal internacional de carácter permanente.
- 20. Hay que actuar entonces con rapidez y determinación. El Gobierno suizo espera firmemente que la Comisión termine sus trabajos sobre esta cuestión en su 46.º período de sesiones (1994).

DOCUMENTO A/CN.4/460*

Duodécimo informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, del Sr. Doudou Thiam, Relator Especial

[Original: francés] [15 de abril de 1994]

ÍNDICE

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe		Pagina 108
Also internated activates of the present information in the present in the pre	Párrafos	100
Introducción	1-5	109
Proyecto de artículos	6-163	109
Capítulo I.—Definición y tipificación	6-22	109
Artículo I.—Definición	6-12	109
a) Observaciones de los gobiernos b) Comentarios del Relator Especial	7-8 9-12	109 109
Artículo 2.—Tipificación	13-22	110
a) Observaciones de los gobiernos b) Comentarios del Relator Especial	14-18 19-22	110 110
Capítulo II.—Principios generales	23-163	110
Artículo 3.—Responsabilidad y castigo	23-29	110
Comentarios del Relator Especial	24-29	111
Observaciones explicativas Propuesta del Relator Especial	24-27 28-29	111 111
Artículo 4.—Móviles	30-40	111
a) Observaciones de los gobiernos b) Comentarios del Relator Especial	31 - 35 36-40	111 111
Observaciones explicativas Propuesta del Relator Especial	36-38 39-40	111 111
Artículo 5.—Responsabilidad de los Estados	41-48	112
 a) Observaciones de los gobiernos b) Comentarios del Relator Especial 	42-45 46-48	112 112
Artículo 6.—Obligación de juzgar o de conceder la extradición	49-69	112
a) Observaciones de los gobiernos b) Comentarios del Relator Especial	50-61 62-69	112 113
Artículo 7.—Imprescriptibilidad	70-81	113
a) Observaciones de los gobiernos b) Comentarios del Relator Especial	71-77 78-81	114 114
Observaciones explicativas Propuesta del Relator Especial	78-80 81	J14 114
Artículo 8.—Garantías judiciales	82-88	114
a) Observaciones de los gobiernos b) Comentarios del Relator Especial	83-87 88	115 115

^{*} En el que se incorpora el documento A/CN.4/460/Corr.1.

Capítulo	Párrafos	Página
Artículo 9.—Cosa juzgada	89-110	115
 a) Observaciones de los gobiernos b) Comentarios del Relator Especial 		115 116
 Comentarios de carácter general Primera hipótesis: existencia de un tribunal penal internadad. 		116 116
a. Observaciones explicativas b. Nuevo proyecto de artículo 9 propuesto por el Rela 3. Segunda hipótesis: ausencia de un tribunal penal interna	tor Especial 104	116
Artículo 10.—Irretroactividad		
a) Observaciones de los gobiernos	112-114	117
Artículo 11.—Órdenes de un gobierno o de un superior jerárquico		
 a) Observaciones de los gobiernos b) Comentarios del Relator Especial 		
Artículo 12.—Responsabilidad del superior jerárquico	125-127	7 118
a) Observaciones de los gobiernos b) Comentarios del Relator Especial		118 118
Artículo 13.—Carácter oficial y responsabilidad penal	128-134	119
a) Observaciones de los gobiernosb) Comentarios del Relator Especial	133-134	
Artículo 14.—Causas de justificación y circunstancias atenuantes		
 a) Observaciones de los gobiernos b) Comentarios del Relator Especial 		
 Observaciones explicativas Nuevo artículo 14 propuesto por el Relator Especial Comentario al nuevo texto propuesto para el artículo 14 		121
Nuevo artículo 15.—Circunstancias atenuantes	161	122
Comentarios del Relator Especial	162-163	3 122

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

Fuente

	ruente
Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948)	Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 78, pág. 296.
Convenio [europeo] para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 213, pág. 221. En español, véase <i>Boletín Oficial del Estado</i> , N.º 243, Madrid, 10 de octubre de 1979.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 999, pág. 241, y vol. 1057, pág. 407.
Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (Nueva York, 26 de noviembre de 1968)	Ibíd., vol. 754, pág. 73.
Convención americana sobre derechos humanos, «Pacto de San José de Costa Rica» (San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969)	Ibíd., vol. 1144, pág. 124.

Introducción

- 1. El presente informe sobre la segunda lectura del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad versará el corriente año sobre la parte general del proyecto que comprende la definición, la tipificación y los principios generales.
- La segunda parte del proyecto de código, relacionada con los crímenes propiamente dichos, se examinará en el próximo informe.
- 3. El Relator Especial tiene intención de limitar la lista de esos crímenes a las infracciones cuyo carácter de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad difícilmente pueda ponerse en tela de juicio.
- 4. El presente informe sobre la primera parte del proyecto reproduce, artículo por artículo, el proyecto adoptado en primera lectura¹; cada artículo va seguido de las observaciones de los gobiernos y luego de los comentarios y las conclusiones del Relator Especial. Las observa-

ciones de los gobiernos se presentan unas veces en su totalidad y otras parcialmente, según su importancia; las más de las veces, sin embargo, se presentan en su totalidad. Con sólo una o dos excepciones, se hace mención de todas las observaciones, salvo cuando, a juicio del Relator Especial, esas observaciones parecen carecer de relación con el tema².

5. En su mayor parte, las cuestiones planteadas en las observaciones de los gobiernos ya habían sido objeto de amplios comentarios en anteriores informes del Relator Especial y también de debate en sesión plenaria, razón por la cual el Relator Especial no consideró conveniente repetir esos comentarios y debates en segunda lectura, limitándose a remitirse a los informes precedentes y a los debates de la Comisión.

Proyecto de artículos

CAPÍTULO I.—DEFINICIÓN Y TIPIFICACIÓN

Artículo 1

6. El artículo 1 adoptado en primera lectura dice así:

Artículo 1.—Definición

Los crímenes [de derecho internacional] definidos en el presente Código constituyen crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

a) Observaciones de los gobiernos

Bélgica

7. El Gobierno de Bélgica señala (párr. 9):

No se puede, propiamente hablando, optar entre una definición conceptual y la elaboración de la lista de crímenes, ya que los dos enfoques se completan mutuamente. Hay que lamentar la falta de una definición conceptual: por grande que sea la dificultad que implica la definición, hay que señalar, no obstante, que la lista de crímenes es necesariamente función de la definición conceptual.

Bulgaria

8. Bulgaria propone (párr. 3) una definición general seguida por una enumeración, que dice como sigue:

«Artículo 1.—Definición

- »1. A los efectos del presente código, un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad es un acto o una omisión cometido por un individuo que por sí mismo constituya una amenaza grave e inmediata a la paz o la seguridad de la humanidad o dé como resultado su violación.
- »2. En particular, los crímenes definidos en el presente código constituyen crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.»

b) Comentarios del Relator Especial

- 9. Las observaciones de los gobiernos sobre este artículo se han referido principalmente a la cuestión relativa a saber si la definición por enumeración será suficiente o si será mejor recurrir a una definición general.
- 10. De las observaciones no se desprende que haya acuerdo sobre uno u otro método.

¹ Para el texto, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 101 a 105.

² Los comentarios y observaciones de los gobiernos a que se refiere el Relator Especial en su informe figuran *in extenso* en el documento A/CN.4448 y Add.1 [Anuario... 1993, vol. II (primera parte)]. En el presente informe, los párrafos indicados entre paréntesis son los que corresponden a las observaciones de los gobiernos tal como figuran en el documento A/CN.4/448 y Add.1.

- 11. Podría aceptarse, sin perjuicio de mejorar su redacción, la fórmula de compromiso que propone el Gobierno de Bulgaria. Muchos códigos penales no contienen una definición general del concepto de crimen y se limitan a enumerar las infracciones que se consideran criminales, fundándose en el criterio de gravedad.
- 12. Otro debate suscitado por el proyecto de artículo 1 se refiere a la expresión «de derecho internacional» que figura entre corchetes. El Relator Especial, en última instancia, no ve obstáculo que se oponga a su supresión. El debate es puramente teórico. Desde el momento en que el código pase a ser un instrumento internacional, los crímenes en él tipificados serán crímenes de derecho penal internacional convencional.

Artículo 2

13. El artículo 2 adoptado en primera lectura dice así:

Artículo 2.—Tipificación

La tipificación de un acto o una omisión como crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad es independiente del derecho interno. El hecho de que un acto o una omisión sea punible o no en el derecho interno no afectará a esa tipificación.

a) Observaciones de los gobiernos

Austria

14. El Gobierno de Austria estima (párr. 3) que la idea expresada en la segunda oración no es necesaria, pues «se deduce ya de la primera oración, según la cual la tipificación es independiente del derecho interno».

Brasil

15. A juicio del Gobierno del Brasil (párr. 4), parece haber una contradicción entre los artículos 2 y 3, pues el artículo 2 se refiere a un acto u omisión, en tanto que el artículo 3 se refiere solamente a la comisión del acto y no a la omisión.

Costa Rica

16. El Gobierno de Costa Rica teme que al estatuir la completa autonomía del derecho internacional en relación con el derecho interno, el proyecto de artículo crearía la posibilidad de un doble castigo por el mismo hecho, una vez en virtud del derecho interno y otra en virtud del derecho internacional (párr. 12).

Países nórdicos

17. Los Gobiernos de los países nórdicos estiman que debiera darse un carácter menos categórico a la disposi-

ción del artículo 2, ya que el proyecto de código abarca también crímenes que generalmente son punibles por el derecho interno (párr. 13).

Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

18. Según el Gobierno del Reino Unido (párr. 6),

[Es] difícil concebir que deban sancionarse con arreglo a un código internacional actos que no sean en general punibles en virtud de las legislaciones penales nacionales. Puede sospecharse que el artículo tiene por objetivo que el autor de un acto penado en el código no quede impune debido a que dicho acto no constituye delito con arreglo a la ley vigente en el momento de su comisión en el lugar en que fue cometido.

b) Comentarios del Relator Especial

- 19. El artículo 2 consagra la autonomía del derecho penal internacional en relación con el derecho interno.
- 20. En consecuencia, que un delito sea tipificado como homicidio por el derecho interno de un Estado no impide que el mismo acto pueda ser tipificado como genocidio con arreglo al código si se reúnen los elementos constitutivos del genocidio.
- 21. Algunos gobiernos, considerando que la segunda frase del artículo 2 del proyecto es redundante, proponen su supresión.
- 22. El Relator Especial no ve inconveniente alguno en esa supresión.

CAPÍTULO II.—PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 3

23. El artículo 3 adoptado en primera lectura dice así:

Artículo 3.—Responsabilidad y castigo

- El que cometa un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad será tenido por responsable de ese acto e incurrirá en una pena.
- 2. El que proporcione ayuda o asistencia o los medios para cometer un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad o que conspire para cometer tal crimen o incite directamente a cometerlo será tenido por responsable e incurrirá en una pena.
- 3. El que ejecute un acto que constituya una tentativa de cometer un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad [a que se refieren los artículos...] será tenido por responsable e incurrirá en una pena. Se entiende por tentativa todo comienzo de ejecución de un crimen que no ha producido el resultado pretendido o ha sido interrumpido sólo por circunstancias ajenas a la voluntad del agente.

Comentarios del Relator Especial

1. Observaciones explicativas

- 24. El artículo 3 postula el principio de la responsabilidad penal internacional del individuo, principio admitido contemporáneamente en el derecho penal internacional después de la sentencia del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg³.
- 25. El párrafo 3 del artículo ha sido objeto de reservas por parte de algunos miembros de la Comisión que han señalado, no sin pertinencia, que la tentativa no es aplicable a todos los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Difícilmente cabe imaginarse, por ejemplo, que la amenaza de agresión pueda ser objeto de tentativa.
- 26. No obstante, hay casos en los cuales la tentativa está expresamente prevista en las convenciones vigentes. Así ocurre, en particular, en la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (artículo III, apart. d).
- 27. Por esa razón, los miembros de la Comisión habían propuesto que se determinaran, caso por caso, los crímenes tipificados que podían ser objeto de tentativa. Ese trabajo, a más de imposible, es inútil. Como lo señala el Gobierno de Belarús (párr. 6):

[Es] casi inútil examinar cada crimen a fin de determinar si puede calificarse de tentativa: hay que conceder a los tribunales competentes el derecho a decidir por sí mismos si esa noción es aplicable a los asuntos concretos sometidos a su examen.

2. Propuesta del Relator Especial

28. El Relator Especial comparte esa opinión. Con todo, propone un nuevo texto para el párrafo 3 con objeto de reemplazar la expresión crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad por la expresión «uno de los actos tipificados en el presente código». En consecuencia, ese párrafo rezaría como sigue:

«Quien realice un acto que constituya una tentativa de cometer uno de los actos tipificados en el presente código será responsable de esos hechos y podrá ser sancionado por ellos.»

29. De esa manera, sólo se sancionará el acto si el tribunal estima que, en el caso, constituye realmente una tentativa.

Artículo 4

30. El artículo 4 adoptado en primera lectura dice así:

Artículo 4.--Móviles

La responsabilidad por un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad no resultará afectada por cualesquiera móviles ajenos a la definición del crimen que invoque el acusado.

a) Observaciones de los gobiernos

31. A juicio de algunos gobiernos, sería más apropiado incorporar esta disposición en el artículo 14, que se refiere a las causas de justificación y a las circunstancias atenuantes.

Austria

32. El Gobierno de Austria opina (párr. 7) que los móviles podrían tenerse en cuenta «como una circunstancia agravante o atenuante».

Costa Rica

33. Según el Gobierno de Costa Rica (párr. 21), la disposición va demasiado lejos pues «[E]l respeto a la dignidad de la justicia comienza por el respeto al inculpado, y de allí que sea necesario e imprescindible no cerrar portillos a la defensa...».

Países Bajos

34. El Gobierno de los Países Bajos considera (párr. 35) que este artículo es redundante, ya que el artículo 14 trata las mismas cuestiones.

Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

35. El Gobierno del Reino Unido opina (párr. 9) que sería más apropiado que esta disposición formara parte del artículo 14.

b) Comentarios del Relator Especial

1. Observaciones explicativas

- 36. El presente artículo suscita muchas reservas.
- 37. Para algunos gobiernos constituye una traba a los derechos de la defensa en la medida en que prohíbe al acusado aducir sus propios móviles como medio de defensa. Así opina el Gobierno de Costa Rica.
- 38. A juicio del Gobierno del Reino Unido, sería más apropiado que esta disposición formara parte del proyecto de artículo 14, que se refiere a las causas de justificación y a las circunstancias atenuantes. Igual opinión expresa el Gobierno de los Países Bajos.

2. PROPUESTA DEL RELATOR ESPECIAL

39. El Relator Especial opina que el artículo debería suprimirse. Adolece de falta de claridad. A veces, los móviles forman parte de la tipificación de un delito, pero otras veces no ocurre así. En el caso del genocidio, por

³ Naciones Unidas, Le statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg. Historique et analyse, memorando del Secretario General (N.º de venta: 1949.V.7).

ejemplo, los móviles son uno de los atributos de la tipificación. En verdad, el genocidio es un crimen cuyo autor está animado por móviles de índole racial, política o religiosa. Cuando no hay un móvil, tampoco hay delito. Sin embargo, hay casos en los cuales los móviles no forman parte de la definición de la infracción.

40. A juicio del Relator Especial, el presente proyecto de artículo debiera pura y simplemente suprimirse.

Artículo 5

41. El artículo 5 adoptado en primera lectura dice así:

Artículo 5.—Responsabilidad de los Estados

El procesamiento de un individuo por un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad no exonera a ningún Estado de responsabilidad en derecho internacional por un acto o una omisión que le sea atribuible.

a) Observaciones de los gobiernos

Bélgica

42. Según el Gobierno de Bélgica (párrs. 15 y 16),

Sería pertinente que un artículo del código regulara la cuestión de la responsabilidad internacional del Estado. En efecto, en el crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, el Estado como tal está necesariamente implicado, ya sea directamente, como agente activo y a veces exclusivo, ya sea indirectamente, por su pasividad o su imprevisión. Por ello, parece anormal que el código no trate la cuestión de la responsabilidad del Estado.[...] la mención de la responsabilidad del Estado en el código permitiría dar un fundamento jurídico sólido a la concesión de una indemnización por daños y perjuicios a las víctimas de los actos criminales y a sus causahabientes.

Además, hacer responsable de los crímenes al Estado, independientemente de la responsabilidad de los gobernantes y de los agentes del Estado, tendría como consecuencia que la colectividad nacional se sintera ella misma afectada por los actos imputados, lo que haría difícil que esa colectividad descargara toda la responsabilidad sobre los gobernantes a los que la nación ha confiado el poder político.

Costa Rica

43. El Gobierno de Costa Rica (párr. 22) considera necesario el artículo «para la reparación de los daños provocados por este tipo de delitos».

Países nórdicos

44. Los países nórdicos opinan en igual sentido y dicen (párr. 16) que se debe asegurar que no se exonere «a los Estados de responsabilidad por las reparaciones de guerra».

Polonia

45. Así opina también el Gobierno de Polonia (párr. 28):

El enjuiciamiento, la condena y la imposición de sanciones a los individuos en virtud de las disposiciones del código por los crímenes que en él se describen no es en ningún caso un sustituto de la responsabilidad de los Estados.

b) Comentarios del Relator Especial

- 46. El artículo 5 postula el principio de la responsabilidad internacional del Estado por los daños causados debido a la comisión por sus agentes de un acto criminal. No ha suscitado ninguna opinión desfavorable. Todos los gobiernos concuerdan en que se debe considerar internacionalmente responsable a un Estado por los daños que haya causado el acto criminal cometido por sus agentes.
- 47. Un mismo acto criminal puede entrañar a menudo dos consecuencias: una consecuencia penal, que es la sanción aplicada a su autor, y una consecuencia civil, que es la obligación de reparar el perjuicio causado. Con mucha frecuencia, en los crímenes que se examinan, los autores son agentes del Estado que actúan en el ejercicio de sus funciones. En ese caso, la responsabilidad incumbe al Estado, tanto más cuanto que los daños causados, en razón de su importancia y extensión, rebasan grandemente los medios de que pueden disponer los agentes del Estado, autores de esos crímenes, para atender a su reparación.
- 48. El proyecto de artículo 5 es, pues, oportuno y se debe conservar.

Artículo 6

49. El proyecto de artículo 6 adoptado en primera lectura dice así:

Artículo 6.—Obligación de juzgar o de conceder la extradición*

- 1. El Estado en cuyo territorio se encuentre el presunto autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad deberá juzgarlo o conceder su extradición.
- 2. Si son varios los Estados que solicitan la extradición, se tendrá en cuenta especialmente la solicitud del Estado en cuyo territorio se haya cometido el crimen.
- 3. Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 no prejuzgarán la creación y la competencia de un tribunal penal internacional.

a) Observaciones de los gobiernos

Australia

50. El Gobierno de Australia señala (párrs. 9 y 10) que:

La obligación de «juzgar o conceder la extradición» puede hallarse en el derecho internacional en muchas convenciones multilaterales relativas a crímenes y tiene una importancia fundamental para la aplicación de esas convenciones. La necesidad de incorporarla al código no puede discutirse.

^{*} Este artículo volverá a examinarse si se crea un tribunal penal internacional.

- 51. El Gobierno de Australia se pregunta, no obstante, si no habría que precisar los motivos por los que podría solicitarse la extradición y establecer las normas de procedimiento.
- 52. Estima también que en el proyecto no se resuelve el problema del orden de prioridad en el caso de que haya varias solicitudes de extradición.

Brasil

53. El Gobierno del Brasil insiste en la necesidad de pruebas suficientes en sustento de la solicitud de extradición (párr. 8).

Costa Rica

54. El Gobierno de Costa Rica insiste, también, en la necesidad de garantías suficientes en sustento de la solicitud de extradición (párr. 25).

Países Bajos

- 55. Igualmente, el Gobierno de los Países Bajos considera (párr. 37) que
- [...] es esencial que se den suficientes garantías de que el sospechoso será tratado con arreglo a las disposiciones del artículo 8 del proyecto de código, lo que podría lograrse bien sea añadiendo una cláusula que prohíba expresamente la extradición si el Estado solícitante no da las garantías descritas en el artículo 8, o añadiendo al artículo 6 la frase «con sujeción a las garantías previstas en el artículo 8».

Reino Unido

- 56. El Gobierno del Reino Unido señala también que el principio del párrafo 1 del artículo 6 figura en muchas convenciones internacionales. Sin embargo, estima que ese principio debería estar limitado a los Estados que sean partes en la convención que contenga el código (párr. 12).
- 57. En relación con el párrafo 2, el Gobierno del Reino Unido menciona la dificultad que ha tenido la Comisión para enunciar una norma relativa al orden de prioridad de las solicitudes de extradición y dice que habitualmente se da prioridad al Estado en cuyo territorio se cometió el crimen.
- 58. Sin embargo, observa el mismo Gobierno, será remota la probabilidad de que una disposición de ese tipo sea aplicable cuando se solicite la extradición de altos funcionarios o jefes militares al Estado en el que hayan desempeñado sus funciones oficiales.
- 59. El Gobierno del Reino Unido, por último, señala el problema que se plantea cuando se solicita la extradición sin verdadera intención de enjuiciar.

Suiza

60. Como al Gobierno del Reino Unido, al Gobierno de Suiza le preocupa la situación que se crea cuando se presentan varias solicitudes de extradición (párr. 8).

Uruguay

61. El Gobierno del Uruguay vincula la aplicación del artículo 6 al establecimiento de una jurisdicción penal internacional (párr. 3).

b) Comentarios del Relator Especial

- 62. Los gobiernos, aunque no impugnan el principio enunciado en el artículo 6, se preocupan por las condiciones en que se aplicaría.
- 63. Una primera observación se refiere a las garantías que se han de dar al acusado cuya extradición se solicite. El tema se examinó con detenimiento en el informe de la Comisión relativo al establecimiento de una jurisdicción penal internacional⁴. A ese respecto, en el código debiera repetirse la fórmula adoptada en el proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional.
- 64. Una segunda observación se refiere al ámbito de aplicación del principio enunciado en el artículo 6. Según algunos Estados, ese principio sólo debe aplicarse a los Estados que sean parte en el código, opinión que se debe tener en cuenta.
- 65. La tercera observación se refiere al orden de prioridad que se ha de conferir a las solicitudes de extradición en casos de pluralidad de solicitudes.
- 66. Si bien se reconoce unánimemente el principio de la territorialidad del derecho penal y si bien, en consecuencia, debe tener prioridad la solicitud presentada por el Estado en cuyo territorio se cometió el delito, no por ello es menos cierto que el principio no se debe considerar absoluto. Como lo han observado algunos gobiernos, en especial los Gobiernos del Reino Unido y de Suiza, esa norma suscita reservas cuando el Estado en cuyo territorio se ha cometido el crimen es responsable por su comisión.
- 67. Esa norma podría también suscitar reservas en la hipótesis de que existiera un tribunal penal internacional.
- 68. Cabe preguntarse si la solicitud del Estado en cuyo territorio se cometió el crimen puede tener prioridad sobre la solicitud dimanada de una jurisdicción penal internacional.
- 69. La respuesta debiera ser negativa.

Artículo 7

70. El artículo 7 adoptado en primera lectura dice así:

Artículo 7.—Imprescriptibilidad

El crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad es imprescriptible.

⁴ Anuario... 1993, vol. II (segunda parte), doc. A/48/10, anexo.

a) Observaciones de los gobiernos

Costa Rica

71. El Gobierno de Costa Rica dice (párrs. 27 y 28) que «el tema de la prescripción es un tema de política criminal y que los Estados no siguen reglas uniformes en lo que se refiere a la prescripción». Sigue diciendo que si bien tienen «en cuenta que la atrocidad involucrada en este tipo de delitos justificaría "moralmente" una imprescriptibilidad de la persecución [...] la tendencia jurídica moderna tiende a plazos de prescripción cortos». No obstante, a juicio del Gobierno de Costa Rica, la solución debería ser la de «fijar un plazo de prescripción que se debe negociar con los países sobre la base del término más largo de prescripción por delitos comunes en el derecho interno».

Países Bajos

72. Para el Gobierno de los Países Bajos, la imprescriptibilidad depende en gran parte de los crímenes que se incluyan en el código; preconiza que se incluyan en el código un número limitado de crímenes y que «sólo [si] esos crímenes tienen suficiente gravedad se puede justificar la exención de la prescripción» (párr. 39).

Países nórdicos

73. Así opinan también los países nórdicos (párr. 18), quienes estiman que si bien es aceptable la imprescriptibilidad de los crímenes más graves, «es bastante más dudosa en los casos en que las legislaciones penales nacionales concurrentes establezcan la prescripción después de un cierto período de tiempo».

Paraguay

74. El Gobierno del Paraguay propone que, en lugar de declarar la imprescriptibilidad, se establezca un plazo de prescripción mayor que el de los delitos comunes.

Polonia

75. El Gobierno de Polonia estima (párr. 30) que:

La disposición con arreglo a la cual no se aplicará la prescripción a los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad constituye una prueba directa de que tales crímenes pertenecen fundamentalmente al derecho internacional y que deben ser configurados y establecidos en virtud de este derecho.

Reino Unido

76. Para el Gobierno del Reino Unido, la norma sugerida podría «entorpecer los intentos de reconciliación nacional y la concesión de la amnistía por crímenes» (párr. 13).

Turquia

77. El Gobierno de Turquía es de la misma opinión, pues propone que se establezca un plazo de prescripción que sea relativamente largo (párr. 5).

b) Comentarios del Relator Especial

1. OBSERVACIONES EXPLICATIVAS

- 78. Las observaciones precedentes demuestran que la norma de la imprescriptibilidad no es aceptada unánimemente por los Estados.
- 79. La norma es de reciente data. Sólo apareció después de la segunda guerra mundial, en particular a instancias de las Naciones Unidas, en la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad y en la Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General, 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, en cuyo párrafo 1 se dice que esos crímenes serán objeto de enjuiciamiento «dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido».
- 80. Esos instrumentos, con todo, son de alcance limitado, pues se refieren exclusivamente a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad. Parece pues difícil hacer extensiva esa norma a los demás crímenes tipificados en el código.

2. PROPUESTA DEL RELATOR ESPECIAL

81. En esas condiciones, el Relator Especial estima que el artículo 7 debería suprimirse del proyecto de código. Sólo se pueden codificar las normas generales aplicables al conjunto de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. La norma enunciada en el artículo 7 no parece aplicable al conjunto de los crímenes tipificados en el Código, al menos en el estado actual de las convenciones vigentes.

Artículo 8

82. El artículo 8 adoptado en primera lectura dice así:

Artículo 8.—Garantías judiciales

El acusado de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad tendrá derecho sin discriminación a las garantías mínimas reconocidas a todo ser humano en cuanto a los hechos y a las cuestiones de derecho. En particular, tendrá derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad y:

 a) a ser oído públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, debidamente establecido por la ley o por un tratado, en la sustanciación de cualquier acusación formulada contra él:

- b) a ser informado sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra él:
- c) a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección:
 - d) a ser juzgado sin dilaciones indebidas;
- e) a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección; a ser informado, si no tuviere defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;
- f) a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;
- g) a ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;
- h) a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable.

a) Observaciones de los gobiernos

Australia

83. Según el Gobierno de Australia, «en el artículo 8 se establecen las garantías mínimas necesarias para asegurar que un presunto delincuente sea juzgado de un modo justo» (párr. 12).

Austria

84. El Gobierno de Austria «está de acuerdo en general con el fondo de esta disposición, que corresponde esencialmente al artículo 6 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales» (párr. 8).

Brasil

85. El Gobierno del Brasil pide (párr. 10) que se vuelvan a redactar los apartados *c* y *g* del artículo 8. En efecto, el derecho del acusado de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad «a comunicarse con el defensor de su elección debería ampliarse al defensor de oficio que se le nombre...».

Costa Rica

86. El Gobierno de Costa Rica, haciendo referencia a la Convención americana sobre derechos humanos, «Pacto de San José de Costa Rica», declara que, aunque no existiese el artículo 8, Costa Rica «aplicaría la Convención y las reglas constitucionales del debido proceso» (párr. 29).

Países Bajos

87. El Gobierno de los Países Bajos también atribuye gran importancia a las garantías estipuladas en el artículo 8.

b) Comentarios del Relator Especial

88. El proyecto de artículo que se examina ha suscitado una amplia unanimidad. Por otra parte, no hace sino conformarse a las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵ y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Artículo 9

89. El artículo 9 adoptado en primera lectura dice así:

Artículo 9.—Cosa juzgada

- 1. Nadie podrá ser juzgado ni castigado en razón de un crimen penado por el presente Código por el que ya hubiere sido absuelto o condenado en virtud de sentencia firme por un tribunal penal internacional*.
- 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 3, 4 y 5, nadie podrá ser juzgado ni castigado por un crimen penado por el presente Código en razón de un hecho por el que ya hubiere sido absuelto o condenado en virtud de sentencia firme por un tribunal nacional, a condición de que, en caso de condena, se haya cumplido o se esté cumpliendo la pena impuesta.
- 3. No obstante lo dispuesto en el párrafo 2, cualquier individuo podrá ser juzgado y castigado por un tribunal penal internacional o un tribunal nacional en razón de un crimen penado por el presente Código cuando los hechos que hayan llevado al enjuiciamiento y la condena como crimen de derecho común correspondan a uno de los tipos establecidos en el presente Código*.
- 4. No obstante lo dispuesto en el párrafo 2, cualquier individuo podrá ser juzgado y castigado por un tribunal nacional de otro Estado en razón de un crimen penado por el presente Código:
- a) cuando el hecho sobre el que hubiere recaído la sentencia de un tribunal extranjero haya tenido lugar en el territorio de ese Estado; o
 - b) cuando ese Estado haya sido la víctima principal del crimen.
- 5. En caso de nueva condena en virtud del presente Código, el tribunal deducirá, al dictar sentencia, toda pena impuesta y ejecutada como consecuencia de una condena anterior por el mismo hecho.

a) Observaciones de los gobiernos

Australia

- 90. De acuerdo con el Gobierno de Australia (párrs. 14 a 16) en el párrafo 1 «se establece una protección plena contra el enjuiciamiento por crímenes penados en el código de cualquiera que ya haya sido absuelto o condenado por un tribunal penal internacional».
- 91. En el párrafo 2, «sin embargo, se establece una protección más limitada contra el "doble enjuiciamiento" en el caso en que una persona ya hubiere sido absuelta o condenada en virtud de sentencia firme por un tribunal nacional. La protección ofrecida por el párrafo 2 está sujeta a las excepciones que figuran en los párrafos 3 y 4».

^{*} La referencia a un tribunal penal internacional no prejuzga la cuestión de la creación de dicho tribunal

⁵ Resolución 217 A (III) de la Asamblea General.

92. En el párrafo 3 «se prevé que un individuo pueda ser juzgado tanto con arreglo al código como al derecho penal de un Estado por el mismo comportamiento [...] Aunque tales casos no puedan ser frecuentes, es indudable que debilitarían el principio non bis in idem, que es un principio fundamental del derecho penal de muchos países».

Costa Rica

93. Según el Gobierno de Costa Rica (párr. 32), el párrafo 3 «lesiona directamente el principio de *non bis in idem* y debe desaparecer completamente». Además, «el párrafo 5 también debe ser eliminado, ya que admite la doble condena por los mismos hechos que han figurado para el dictado de una sentencia por delito común» (párr. 34).

Países Bajos

- 94. El Gobierno de los Países Bajos (párr. 42) estima que el párrafo 3 del proyecto es incompatible con la regla de *non bis in idem*.
- 95. El Gobierno de los Países Bajos estima, además (párr. 44), que
- [...] los problemas relativos a la norma de cosa juzgada sólo pueden impedirse mediante la concesión de competencia exclusiva al tribunal penal internacional previsto [...] En cualquier otra circunstancia surgirían problemas respecto a esa norma.

Reino Unido

96. El Gobierno del Reino Unido (párr. 15)

se reserva su posición sobre esa propuesta que, a primera vista, contradice las disposiciones correspondientes del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

b) Comentarios del Relator Especial

- 1. COMENTARIOS DE CARÁCTER GENERAL
- 97. De las observaciones mencionadas *supra* se desprende que el presente artículo 9 suscita muchas reservas de parte de los gobiernos.
- 98. Habida cuenta de las objeciones que suscitó en el seno del Comité de Redacción, cabe decir que el artículo es fruto de un compromiso entre dos tendencias diferentes.
- 99. Una tendencia, favorable al principio de *non bis in idem*, apoya su inclusión en el proyecto de código. Otra tendencia es hostil a esa inclusión. Se sabe que el principio enunciado en el párrafo reconoce numerosas excepciones. Se pueden contemplar dos hipótesis: *a*) que la decisión emane de una jurisdicción penal internacional, o *b*) que emane de una jurisdicción nacional.

- 2. Primera hipótesis: existencia de un tribunal penal internacional
 - a) Observaciones explicativas
- 100. La hipótesis en la cual el principio de *non bis in idem* tiene mayor posibilidad de ser aceptado es la de la existencia de un tribunal penal internacional.
- 101. En el caso en que esa jurisdicción tuviera competencia exclusiva, el problema de la aplicabilidad o inaplicabilidad del principio de *non bis in idem* carece de razón de ser, porque en ese caso, *puramente hipotético por el momento*, toda otra jurisdicción sería incompetente para conocer de un asunto que correspondiese a la competencia de la jurisdicción penal internacional.
- 102. Por el contrario, si la jurisdicción internacional tuviera competencia concurrente con la de las jurisdicciones internas, el principio de *non bis in idem* sí tendría razón de ser. La cuestión que podría plantearse sería la relativa a saber si un tribunal nacional puede conocer de un asunto previamente juzgado por el tribunal penal internacional.
- 103. La respuesta debe ser negativa, pues se anularía la autoridad de la jurisdicción internacional si se dejara que las jurisdicciones internas conocieran de un asunto del que ya ha conocido esa jurisdicción internacional.
 - b) Nuevo proyecto de artículo 9 propuesto por el Relator Especial
- 104. El artículo 9 debería quizás inspirarse en el proyecto de artículo 10 del estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia⁶ y podría decir como sigue:
 - «1. Ninguna persona será sometida a juicio en un tribunal nacional por actos que constituyan crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, respecto de los cuales ya haya sido juzgada por un tribunal penal internacional.
 - »2. Una persona que haya sido juzgada por un tribunal nacional por actos que constituyan crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad sólo podrá ser juzgada posteriormente por el tribunal penal internacional si:
 - »a) El acto por el cual se la sometió a juicio fue considerado delito ordinario en lugar de crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad;
 - »b) La vista de la causa por el tribunal nacional no fue ni imparcial ni independiente, tuvo por objeto proteger al acusado de su responsabilidad penal internacional o la causa no se tramitó con la diligencia necesaria.
 - »3. Al considerar la pena que ha de imponerse a una persona declarada culpable de un crimen con arreglo al presente código, el tribunal penal internacional tendrá en cuenta la medida en que una pena impuesta por una jurisdicción nacional a la misma persona por el mismo acto ya ha sido cumplida.»

⁶ Doc. S/25704, anexo.

- 3. SEGUNDA HIPÓTESIS: AUSENCIA DE UN TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL
- 105. Si no existiera un tribunal penal internacional, la aplicación del principio *non bis in idem* a los fallos dictados por una jurisdicción nacional sería, por el contrario, mucho más difícil. Ello es así porque el párrafo 2 del proyecto de artículo 9 sujeta la aplicación del principio *non bis in idem* a numerosas excepciones.
- 106. La primera excepción corresponde a la tipificación inexacta. Esa excepción no es una hipótesis académica. Bien podría tipificarse como delito común un hecho (homicidio, por ejemplo) que en realidad constituiría un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad (por ejemplo, genocidio).
- 107. Esa falsa tipificación puede ser voluntaria e inspirada por un sentimiento de benevolencia respecto del presunto autor del crimen. Ese caso podría darse si una persona inculpada encuentra refugio en un Estado amigo en el cual tiene afinidades políticas. Ese Estado la enjuicia en condiciones de favor, en cuyo caso, por imperio del principio non bis in idem, no se la podrá juzgar en otra jurisdicción nacional. En ese caso, la aplicación del principio abriría la puerta a maniobras y escapatorias que harían difícil la aplicación honesta y leal del principio non bis in idem.
- 108. Sin embargo, las excepciones más importantes son las estipuladas en el párrafo 4 en favor del Estado en cuyo territorio se ha cometido el crimen o en favor del Estado que ha sido víctima o cuyos nacionales han sido víctimas del crimen. Con esas excepciones, cabe presumir que el ámbito de aplicación del principio *non bis in idem* corre el riesgo de reducirse enormemente. Además, no hay certeza de que esos Estados darán prueba de más objetividad e imparcialidad que los Estados de cuya decisión recelan.
- 109. A juicio del Relator Especial, si debe haber excepciones a favor del Estado en el territorio del cual se ha cometido el crimen o del Estado cuyos nacionales han sido víctimas del crimen, no debiera autorizarse a esos Estados a que sus propios tribunales juzguen un asunto que ya ha sido juzgado por otro tribunal nacional. En esa hipótesis debiera ser el tribunal de un Estado no interesado el que interviniera por segunda vez.
- 110. Sin embargo, esa solución sería difícil de llevar a la práctica. Por esa razón, el Relator Especial estima que el principio *non bis in idem* no parece aplicable más que en la primera hipótesis examinada *supra*, es decir cuando exista un tribunal penal internacional.

Artículo 10

111. El artículo 10 adoptado en primera lectura dice así:

Artículo 10.—Irretroactividad

1. Nadic será condenado en virtud del presente Código por actos ejecutados antes de la entrada en vigor de éste.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá el juicio ni la condena de cualquier individuo por actos que, en el momento de ejecutarse, se consideraban criminales en virtud del derecho internacional o del derecho nacional aplicable de conformidad con el derecho internacional.

a) Observaciones de los gobiernos

Países Bajos

112. Según el Gobierno de los Países Bajos, debería suprimirse la expresión «de conformidad con el derecho internacional» (párr. 45).

Paraguay

113. El Gobierno del Paraguay declara (párr. 10) que la irretroactividad es

una norma cardinal de ordenamiento jurídico, [...] y es peligroso autorizar excepciones a ella. Creemos por ello que es conveniente la supresión del párrafo 2 del artículo.

El Gobierno del Paraguay se inquieta igualmente de la latitud extremadamente amplia que el comentario del artículo imparte a la palabra ley, que comprende no sólo la ley escrita, sino también la costumbre y los principios generales del derecho.

Turquía

114. Para el Gobierno de Turquía, por el contrario, el párrafo 2 enuncia un principio que figura «entre los principios básicos de derecho penal y debe emplearse en el proyecto» (párr. 6).

b) Comentarios del Relator Especial

- 115. El párrafo 1 no ha suscitado objeción alguna por parte de los gobiernos. Ese párrafo es la reafirmación de un principio fundamental del derecho penal.
- 116. El párrafo 2 ha sido objetado por un solo gobierno. Conviene recordar que el párrafo 2 es sólo una reiteración del artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del párrafo 2 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Es aconsejable mantenerlo en su totalidad.

Artículo 11

117. El artículo 11 adoptado en primera lectura dice así:

Artículo 11.--Órdenes de un gobierno o de un superior jerárquico

El acusado de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad que haya actuado en cumplimiento de órdenes de un gobierno o de un superior jerárquico no estará exento de responsabilidad criminal si, dadas las circunstancias del caso, ha tenido la posibilidad de no acatar dicha orden.

a) Observaciones de los gobiernos

Austria

118. El Gobierno de Austria propone (párr. 13) que se inserte en la tercera línea, después de las palabras «responsabilidad penal», la siguiente cláusula: «si conocía o debía haber conocido la ilicitud de las órdenes y...».

Belarús

119. El Gobierno de Belarús propone (párr. 12) que se reemplace la cláusula «si, dadas las circunstancias del caso, ha tenido la posibilidad de no acatar dicha orden» por las palabras «si, en la situación dada, existía la posibilidad efectiva de no ejecutar dicha orden».

Costa Rica

120. El Gobierno de Costa Rica constata (párr. 37) que en el artículo sólo se encara «la posibilidad de castigo en el caso de que la orden, manifiestamente ilegal o violatoria de derechos humanos, haya sido aplicada por el agente estatal subordinado jerárquico» y propone que el proyecto siga el modelo del proyecto de código penal de España.

Países nórdicos

121. Según los países nórdicos (párr. 21), debe definirse más claramente la palabra «posibilidad».

Polonia

122. El Gobierno de Polonia se pregunta también (párr. 36) qué sentido tiene la expresión «dadas las circunstancias del caso».

b) Comentarios del Relator Especial

- 123. Ese principio ya está enunciado en los Principios de derecho internacional consagrados por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y por el fallo de ese Tribunal (principio IV)⁷. La Comisión se ha limitado a sustituir la expresión «si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción» por las palabras «si, dadas las circunstancias del caso, ha tenido la posibilidad de no acatar dicha orden».
- 124. No conviene, sin fundamento serio, poner en tela de juicio ese principio, elaborado por la CDI y adoptado por la Asamblea General.

Artículo 12

125. El artículo 12 adoptado en primera lectura dice así:

Artículo 12.—Responsabilidad del superior jerárquico

El hecho de que el crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad haya sido cometido por un subordinado no eximirá a sus superiores de responsabilidad criminal si éstos sabían, o poseían información que les permitiera concluir, dadas las circunstancias del caso, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal crimen, y si no tomaron todas las medidas posibles a su alcance para impedir o reprimir ese crimen.

a) Observaciones de los gobiernos

Países nórdicos

126. Según los países nórdicos (párr. 22),

Esta disposición, que se refiere al hecho de que un superior no haya tratado de impedir un acto criminal, lleva la tipificación de esa falta de actuación más allá de lo que es aceptable en los países nórdicos. Para que exista tal responsabilidad, se requiere generalmente que las disposiciones sustantivas establezcan la obligación de actuar por parte de la persona que ha omitido hacerlo. Además, puede ser difícil conciliar la disposición con la definición de responsabilidad individual establecida en el artículo 3.

b) Comentarios del Relator Especial

127. El artículo 12 establece una presunción de responsabilidad que pesa sobre el superior jerárquico en los casos de crímenes cometidos por sus subordinados. Esa presunción de responsabilidad se deriva de la jurisprudencia de los tribunales militares internacionales establecidos después de la segunda guerra mundial para conocer de los crímenes cometidos en el curso de esa guerra y que el Relator Especial ha citado abundantemente en su cuarto informe⁸. Esa jurisprudencia se funda en la presunción de responsabilidad que pesa sobre el superior jerárquico por negligencia o falta de vigilancia o consentimiento tácito, faltas todas ellas que hacen penalmente responsable al superior de los crímenes cometidos por sus subordinados⁹.

⁷ Documentos Oficiales de la Asamblea General, quinto período de sesiones, Suplemento N.°12 (A/1316), págs. 11 y ss. Texto reproducido en Anuario... 1985, vol. II (segunda parte), pág. 12, páπ. 45.

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

⁹ En el asunto Yamashita se dice, en particular, lo siguiente:

[«]Por consiguiente, se trata de determinar si el derecho de guerra impone a un comandante en jefe del ejército la obligación de tomar las medidas adecuadas que estén a su alcance para controlar a las tropas bajo su mando, a fin de prevenir los actos concretos que constituyen violaciones del derecho de guerra.»

[[]Anuario... 1986, vol. II (primera parte), pág. 68, y Law Reports of Trials of War Criminals (recopilación de jurisprudencia en 15 volúmenes preparada por la Comisión de las Naciones Unidas encargada de estudiar los crimenes de guerra), Londres, H. M. Stationery Office, 1947-1949, vol. IV, pág. 43.]

En el asunto del Alto Mando se dice que un jefe militar no es automáticamente responsable por todos los actos de sus subordinados, siendo indispensable que haya habido un acto ilícito de su parte o una falta de vigilancia sobre sus subordinados que constituya una negligencia culpable. El superior jerárquico debe haber tenido conocimiento de los crímenes y haber consentido o participado en ellos o haberse abstenido culpablemente de oponerse a la participación de sus subordinados (ibíd., vol. XV, pág. 70).

Artículo 13

128. El artículo 13 adoptado en primera lectura dice así:

Artículo 13.—Carácter oficial y responsabilidad penal

El carácter oficial del autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, y en especial el hecho de que haya actuado como jefe de Estado o de gobierno, no lo eximirá de responsabilidad criminal.

a) Observaciones de los gobiernos

Costa Rica

129. El Gobierno de Costa Rica observa lo siguiente (párr. 39):

Todo régimen de inmunidades parece ser exceptuado por este artículo; sin embargo, deben tomarse en cuenta, y como regla procesal penal, las diversas hipótesis en que este tipo de dignatarios de los países pueden ser perseguidos y no dejarlo como una regla de principio que como tal podría ser inaplicable.

Países nórdicos

130. A juicio de los países nórdicos (párr. 23):

Cabe presumir que incluso los Jefes de Estado no pueden estar exentos de responsabilidad internacional por sus actos si los mismos constituyen un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. Esa regla debe aplicarse incluso cuando lo contrario esté establecido en la Constitución de un Estado determinado.

Polonia

131. Desde el punto de vista del Gobierno de Polonia (párr. 37):

En las disposiciones del artículo 13 no se reconoce inmunidad alguna en razón de la posición o el cargo que ocupara un individuo que ha cometido un crimen, incluidas las personas que hayan actuado como Jefes de Estado o de Gobierno. Es una limitación grave pero lógica y razonable a la inmunidad plena de los Jefes de Estado. Tal inmunidad no puede permitirles colocarse al margen de la responsabilidad penal por delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad.

Reino Unido

132. El Gobierno del Reino Unido considera que (párr. 17):

[...] es importante para la aplicación eficaz del código que no se exima a los funcionarios, incluidos los Jefes de Estado o de Gobierno, de responsabilidad penal por razón de su carácter oficial. Sin embargo, la

Igualmente, en el fallo dictado por el Tribunal de Tokio figura un pasaje interesante sobre la responsabilidad por crímenes cometidos contra prisioneros de guerra, que demuestra que el Tribunal Militar Internacional del Lejano Oriente quería también establecer, como principio, la obligación del superior jerárquico de saber que sus subordinados cometen un crimen:

«Es deber de todos los responsables asegurar el trato adecuado de los prisioneros e impedir que se les someta a malos tratos, para lo cual deben establecer y asegurar el funcionamiento permanente y eficaz de un régimen apropiado para lograr esos fines.»

CDI no ha considerado aquí, ni en el artículo 9, la posible inmunidad de proceso judicial de esos funcionarios. La CDI debería considerar la inmunidad de jurisdicción que los funcionarios puedan invocar con arreglo al derecho internacional, así como examinar la relación entre este proyecto y las normas vigentes sobre la materia.

b) Comentarios del Relator Especial

- 133. La opinión del Gobierno de Costa Rica no parece aceptable.
- 134. Es difícil prever con detalle los diferentes casos en los cuales los Jefes de Estado o de Gobierno deben ser perseguidos por estos crímenes. Lo que sí se puede decir es que cada vez que un Jefe de Estado o de Gobierno comete un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, debe ser sometido a juicio. El artículo 13 debería mantenerse en su forma actual.

Artículo 14

135. El artículo 14 adoptado en primera lectura dice así:

Artículo 14.—Causas de justificación y circunstancias atenuantes

- El tribuual competente apreciará la existencia de causas de justificación conforme a los principios generales del derecho teniendo en cuenta la naturaleza de cada crimen.
- 2. Al dictar sentencia, el tribunal tomará en consideración, cuando proceda, las circunstancias atenuantes.

a) Observaciones de los gobiernos

Australia

136. El Gobierno de Australia estima que (párr. 18) debería precisarse la referencia a las «causas de justificación conforme a los principios generales del derecho» que figura en el párrafo 1. Si el código va a tratar cuestiones esenciales como las penas, debe ocuparse también de otras cuestiones esenciales como son las causas de justificación. En los sistemas en los que se garantiza constitucionalmente un juicio justo (due process), podría considerarse que el artículo 14 es inconstitucional a causa de su imprecisión.

137. El Gobierno australiano estima, además (párr. 9) que

debe examinarse la posibilidad de dividir el artículo 14 en dos artículos: uno que se ocuparía de las causas de justificación y el otro de las circunstancias atenuantes. Como señalaron algunos miembros de la CDI [...], son dos conceptos diferentes, que se tratarían mejor por separado.

Austria

138. El Gobierno de Austria señala (párr. 14) que este artículo trata de dos cuestiones de derecho penal diferentes: los hechos excluyentes de la responsabilidad penal

(párr. 1) y las circunstancias atenuantes (párr. 2). Las circunstancias, tanto atenuantes como agravantes, permiten modular el monto de la pena aplicable al autor de un crimen, pero no tiene nada que ver con la responsabilidad penal.

139. El Gobierno de Austria (párrs. 15 y 16),

no comparte la oposición de algunos miembros de la CDI a que se tengan en cuenta las excusas absolutorias, como, por ejemplo, la enajenación mental, con respecto a los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

Debería completarse el párrafo 2 mencionando las circunstancias agravantes que también han de tenerse en cuenta para determinar la gravedad de la pena. Compartimos la opinión de algunos miembros de la CDI respecto a la inserción de una enumeración descriptiva de posibles circunstancias atenuantes (y agravantes).

Belarús

140. El Gobierno de Belarús señala (párr. 13) que:

[...] el texto ruso debería hablar de circunstancias atenuantes de la responsabilidad y no de circunstancias atenuantes del delito. Por lo demás, habría que escindir ese artículo en dos artículos distintos, ya que los párrafos 1 y 2 tratan de dos nociones jurídicas diferentes. Los motivos que se citen en el artículo relativo a las causas de justificación deben enunciarse claramente, mencionando en particular la legítima defensa, el estado de necesidad, la coacción y el error de buena fe. Su aplicabilidad a cada tipo de crimen podría dejarse a la apreciación del tribunal.

141. El Gobierno de Belarús señala (párrs. 14 y 15) también que:

La cuestión de las circunstancias atenuantes puede examinarse en relación con la de las penas. Sería preferible elaborar un artículo general sobre las penas aplicables a todos los crímenes, en el que se lijarían una pena mínima y una pena máxima y se enumerarían las circunstancias atenuantes. En lugar de enunciar una escala de penas, en caso de aplicación de las disposiciones del código por los tribunales nacionales, se podría estipular que los crímenes sean castigados teniendo en cuenta su gravedad y peligrosidad extremas.

La enumeración de las circunstancias atenuantes podría darse a título de ejemplo e incluir, en particular, la comisión de un crimen bajo amenaza o siguiendo órdenes de un superior jerárquico, así como el arrepentimiento y la confesión de culpabilidad.

142. El Gobierno de Belarús se congratula (párr. 16)

de que se haya renunciado a distinguir en el proyecto de código entre los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad. [...] hay que abstenerse de introducir, en la fase de la elaboración de normas jurídicas, una división de los crímenes en función de la participación del Estado. El criterio de la participación del Estado desempeñará un papel excepcionalmente importante en otra fase: la del establecimiento del mecanismo de aplicación del código.

Bélgica

143. De acuerdo con el Gobierno de Bélgica (párrs. 17 y 18):

La noción de causas de justificación, prevista en el artículo 14 [...], parece difícilmente aplicable a los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Se plantea entonces la cuestión de saber si no sería preferible suprimir el artículo 14. El juez podrá, en todo caso, recurrir a los principios generales de derecho penal, como las circunstancias atenuantes, cuando tenga que apreciar la situación en que se ha perpetrado* el acto criminal*.

Brasil

144. El Gobierno del Brasil (párr. 12) señala que:

[...] en cuanto al artículo 14, tratándose de las causas de justificación y de las circunstancias atenuantes, parece insuficiente referirse sin más a los principios generales del derecho. Las disposiciones son algo imprecisas, ya que es difícil, basándose sólo en «los principios generales del derecho», indicar qué circunstancias deben tenerse en cuenta. De hecho, el gran número de disposiciones de un alcance general parece ser uno de los mayores problemas que dificultan la labor de codificación de la CDI. Por lo que se refiere a este proyecto, el derecho penal, por su propia naturaleza y los valores afectados, requiere un alto grado de definición y exige una regulación más detallada.

Costa Rica

145. Según el Gobierno de Costa Rica (párr. 40):

Si se desea abordar de manera más técnica la necesidad de que el juez aprecie este tipo de circunstancias, es necesario redactar una regla genérica de los aspectos que deben ser tomados en cuenta para la medición del reproche, tal y como se hace en el artículo 71 del Código Penal costarricense vigente*. En todo caso, y aunque este artículo toma muchas agravantes y atenuantes para esta medición, ya los tipos penales pueden considerar la existencia de aspectos calificantes que incidan en el monto de pena pero desde la misma incriminación, reduciendo con ello el grado de arbitrio del juez. Es una decisión político-criminal que debe ser valorada.

Países nórdicos

146. A juicio de los países nórdicos (párrs. 24 a 26):

Los párrafos 1 y 2 deberían colocarse en artículos separados debido a que hay una diferencia fundamental entre las circunstancias que eximen de responsabilidad al autor de un acto y las circunstancias que se tienen en cuenta en la sentencia.

Tal como está redactado actualmente el artículo no da indicación alguna de las circunstancias que han de tenerse en cuenta al juzgar un crimen. El tribunal tiene así amplia libertad para interpretar la disposición, lo que difícilmente se ajusta al principio de la preeminencia de la ley. A juicio de los países nórdicos sería apropiado determinar el significado de la legítima defensa y el estado de necesidad. El problema del consentimiento puede surgir también en diversos contextos.

Además, el proyecto de código incluye otros dos artículos que tratan de las razones por las que puede eximirse de responsabilidad al autor de un crimen, a saber los artículos 11 y 13 y que convendría fusionar con el artículo 14. Un modo de hacerlo podría ser enumerar las circunstancias que eximen de responsabilidad a un individuo y las que no lo eximen. Las circunstancias indicadas en los artículos 11 y 13 del texto actual figurarían entre las que no eximen de responsabilidad.

147. Los países nórdicos señalan también (párr. 27):

Otro problema del proyecto de artículos es que no incluye ninguna disposición que tenga en cuenta los casos en que el autor estaba demente o era irresponsable por otras razones en el momento de cometer el acto.

148. Según los países nórdicos (párr. 28):

El párrafo 2 del artículo 14 debería mencionar también las circunstancias agravantes. Además, habría que definir, con la ayuda de ejemplos, lo que significan los términos «circunstancias atenuantes y agravantes», pues la disposición, tal como está redactada actualmente, es muy poco clara.

Paraguay

149. El Gobierno del Paraguay constata (párr. 11) que el artículo 14 estipula en su párrafo 1:

El tribunal competente apreciará la existencia de causas de justificación conforme a los principios generales del derecho teniendo en cuenta la naturaleza de cada crimen.

150. El Gobierno paraguayo observa:

En una materia tan importante penalmente como los eximentes (causas de justificación, causas de exculpación y de inimputabilidad), parece inconveniente otorgar un desmedido arbitrio al juez, como resultado de remitirse a los «principios generales del derecho». Más prudente sería, si no se quieren enunciar esas causas eximentes, remitirse a la legislación del país donde se cometió el delito.

Polonia

151. En lo que se refiere al párrafo 1, el Gobierno de Polonia subraya (párr. 38) que

este párrafo abarca las causas tradicionales de justificación en el derecho penal, entre ellas la legítima defensa, la coerción, el estado de necesidad, la fuerza mayor y el error, todas las cuales se relacionan con la existencia o no de responsabilidad. Las circunstancias atenuantes y quizás otra clase de circunstancias que podrían ser tenidas en cuenta por la CDI en la segunda lectura sólo determinan un aumento o disminución del grado de la pena.

152. El Gobierno polaco considera (párr. 39) que

el párrafo 2 debería complementarse con el agregado de las palabras «circunstancias agravantes y otras circunstancias tales como la personalidad del transgresor y la gravedad de las consecuencias del crimen».

Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

153. El Gobierno del Reino Unido señala (párr. 18) que:

[...] no es deseable que sea imprecisa una disposición tan vital tanto para la conceptualización de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad como para los derechos del acusado. Cuanto más grave sea el crimen, menos probable es que se permitan una gran variedad de causas de justificación y circunstancias atenuantes. Si, como se prevé actualmente en el artículo 6, serán los tribunales nacionales los que tengan jurisdicción con arreglo al código, hay que volver a redactar el artículo 14. No puede permitirse que los tribunales nacionales determinen las causas de justificación y las circunstancias atenuantes admisibles en el marco del código. Se perderían totalmente la equidad y la coherencia. Es sintomático del apresuramiento y la falta de precisión con que se han elaborado estos artículos que en el párrafo 1 se deje abierta la posibilidad de que haya causas de justificación de determinados crímenes sin ningún intento de enumerarlas. Una enumeración separada sería el mejor enfoque; aunque ciertas causas de justificación de carácter general se aplicarían a todos los crímenes, es difícil concebir «causas de justificación generales» que abarquen adecuadamente las circunstancias de cada uno de los crímenes tipificados en la parte II.

Suiza

154. Según el Gobierno de Suiza (párr. 9):

La idea de reunir en un solo artículo dos nociones fundamentales del derecho penal, tan diferentes una de otra como las causas de justificación y las circunstancias atenuantes, parece discutible. Las causas de justificación tienen por objeto privar al acto de su carácter ilícito, ya que el actor no ha actuado con conciencia y voluntad. En suma, falta la responsabilidad, condición de la represión. Las circunstancias atenuantes, por el contrario, no privan al acto de su carácter ilícito. Simplemente, moderan sus consecuencias penales. Por ello, convendría prever dos disposiciones distintas.

b) Comentarios del Relator Especial

OBSERVACIONES EXPLICATIVAS

- 155. El Relator Especial está de acuerdo con los gobiernos que estiman que los conceptos de causas de justificación y circunstancias atenuantes se deben tratar por separado. En realidad, ambos conceptos se sitúan en distintos planos. Si bien las causas de justificación privan al acto de carácter delictivo, las circunstancias atenuantes no excluyen su carácter delictivo, sino que mitigan sencillamente la responsabilidad penal del delincuente. En otras palabras, las causas de justificación guardan relación con la existencia o no existencia de un delito y las circunstancias atenuantes se vinculan con la sanción.
- 156. El Relator Especial opina también que las causas de justificación, dado que excluyen la infracción, debieran estar definidas en el código de la misma manera que se tipifican las infracciones en virtud del principio de nullum crimen sine lege.
- 157. Por esa razón, el Relator Especial propone un nuevo artículo 14 que trate de las causas de justificación, a saber la *legítima defensa*, la *coerción* y el *estado de necesidad*.
 - 2. NUEVO ARTÍCULO 14 PROPUESTO POR EL RELATOR ESPECIAL
- 158. El Relator Especial propone un nuevo texto para el artículo 14 que dice así:

«Artículo 14.—Legítima defensa, coerción y estado de necesidad

»No habrá crimen cuando la motivación de los actos cometidos haya sido la legítima defensa, la coerción o el estado de necesidad.»

3. Comentario al nuevo texto propuesto Para el artículo 14

159. La legítima defensa a que se alude aquí no es la relacionada con la responsabilidad internacional del Estado que prevé el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, que excluye la responsabilidad internacional del Estado por un acto que éste haya cometido en respuesta a una agresión. Con todo, como excluye la responsabilidad internacional de un Estado, la legítima defensa excluye al propio tiempo la responsabilidad internacional de los dirigentes de ese Estado por el mismo acto. En cuanto a los conceptos de coerción y estado de necesidad, cabe decir que la jurisprudencia de los tribunales militares internacionales creados por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg¹⁰ y por la Ley N.º 10 del Consejo de Control

¹⁰ Estatuto anexo al Acuerdo de Londres en relación con el procesamiento y castigo de los grandes criminales de guerra de las Potencias europeas del Eje, de 8 de agosto de 1945 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 82, pág. 285.

Interaliado en Alemania¹¹, había admitido esos conceptos con las reservas y condiciones siguientes:

- a) La coerción y el estado de necesidad deben constituir una amenaza presente o inminente¹²;
- b) El acusado que invoca las eximentes de coerción o el estado de necesidad no puede haber contribuido con su propia conducta a la coerción o al estado de necesidad¹³;
- c) No debe haber desproporción entre el bien que se ha protegido y el bien que se ha sacrificado para escapar a la amenaza¹⁴.

«La orden de un superior jerárquico puede constituir el estado de coerción moral previsto en el párrafo 52 [del Código Penal alemán] pero ello supone que el agente haya sido constreñido a cometer el acto bajo amenaza de un peligro inminente [] El sentido del párrafo 52 no es el de que todos los que, bajo el régimen del nacional-socialismo, durante años, se pusieron voluntariamente al servicio del crimen y del terror puedan eximirse de responsabilidad con sólo aducir que hubieran tenido que temer por su integridad física o su vida si hubiesen rehusado a continuar participando en actos criminales» (Bundesgerichtshof, 14 de octubre de 1952, Neue Juristische Wochenschrift, 1953, pág 112)

Véase Henn Meyrowitz, La repression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance a une organisation criminelle, en application de la loi N° 10 du Conseil de contrôle allie, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1960, págs 405 y 406

¹³ La condición de que quien invoque la eximente de coerción o el estado de necesidad no debe haber coadyuvado, por su propia falta, a la coerción o el estado de necesidad, se ha subrayado En el asunto de la I G Farben, el Tribunal Militar de los Estados Unidos declaró lo siguiente

«La excusa de la necesidad no se podrá admitir cuando el propio acusado que la invoque ha sido responsable de la existencia o de la ejecución de esa orden o decreto, o cuando su participación haya sido mayor de lo que se exigía o el resultado de su propia iniciativa »

[Véase Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law N° 10 (Nuernberg, October 1946-April 1949), Washington (D C), U S Government Printing Office, 1949-1953, asunto VI, vol VIII, pág 1179]

¹⁴ La condición de proporcionalidad entre el bien o interés protegido y el bien o interés sacrificado se ha elucidado en particular en el asunto Krupp Los acusados, por temor de verse privados de la dirección de su empresa si no acataban las instrucciones generales pertinentes, sometie160. Conviene, por último, observar que esa jurisprudencia, inspirada en el derecho anglonorteamericano, no distingue entre coerción y estado de necesidad¹⁵.

Nuevo artículo 15

161. El Relator Especial propone un nuevo artículo 15 que dice así:

«Artículo 15 —Circunstancias atenuantes

»Al imponer las penas, el tribunal podrá tener en cuenta las circunstancias atenuantes.»

Comentarios del Relator Especial

- 162. Se admite en general en derecho penal que todo tribunal que conoce de una causa penal está facultado para examinar las circunstancias en las cuales se cometió la infracción y para determinar si existen circunstancias atenuantes de la responsabilidad del culpable.
- 163. Por otra parte, el Relator Especial no ha creído que le correspondiera tratar de las circunstancias agravantes, tratándose como se trata de crímenes que se consideran entre los más graves de los más graves. Sin embargo, incumbe a la Comisión dirimir la cuestión.

ron a los prisioneros a un régimen de trabajos forzados. Ese temor, dijo el Tribunal, no puede justificar una decisión en su propio favor y en perjuicio de víctimas infortunadas que, en esas circunstancias, carecían de toda opción.

¹¹ Ley relativa al castigo de las personas culpables de crímenes de guerra contra la paz y la humanidad, promulgada en Berlín el 20 de diciembre de 1945 (Haute Commission alliée en Allemagne, Répertoire permanent de législation, Baden-Baden, 1950)

¹² La condición relativa a la inminencia del peligro ha sido afirmada por el Tribunal Federal de Alemania en estos términos

^{«[]} se debe decir, en toda justicia, a la luz de las pruebas, que en un campo de concentración los acusados no se habrían encontrado en peor situación que los miles de víctimas indefensas que han estado diariamente en peligro de muerte y expuestas a sufinmientos físicos y a los implacables bombardeos aéreos de las fábricas de armamentos, sin hablar ya de la servidumbre forzada y otros ultrajes que habían de soportar. La desproporción entre el número de víctimas efectivas y el número de víctimas posibles es igualmente una idea chocante» (ibíd asunto X, vol. IX, pág. 1446)

¹⁵ Henri Meyrowitz, op cit

EL DERECHO DE LOS USOS DE LOS CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES PARA FINES DISTINTOS DE LA NAVEGACIÓN

[Tema 5 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/462

Segundo informe sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, del Sr. Robert Rosenstock, Relator Especial

[Original: inglés] [21 de abril de 1994]

ÍNDICE

		Párrafos	Página
Inti	RODUCCIÓN	1	124
Capí	nulo		
I.	Aguas subterráneas	2-11	124
П.	Otros cambios que se recomienda realizar en los artículos 11 a 32	12-13	126
III.	SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS	14-16	126
IV.	Texto del proyecto de artículos en el que se incluyen los cambios propuestos por el Relator Especial	17-41	127
	Primera parte.—Introducción	18-21	127
	Artículo 1	18	127
	Artículo 2	19	127
	Artículo 3	20	127
	Artículo 4	21	128
	Segunda parte.—Principios generales	22-27	128
	Artículo 5	22	128
	Artículo 6	23	128
	Artículo 7	24	129
	Artículo 8	25	129
	Artículo 9	26	129
	Artículo 10	27	129
	Tercera parte.—Medidas proyectadas	28-31	129
	Artículo 11	28	129
	Artículos 12 a 15	29	130
	Artículo 16	30	130
	Artículos 17 a 19	31	130
	Cuarta parte.—Protección y preservación	32-35	131
	Artículo 20	32	131
	Artículo 21	33	131
	Artículo 22	34	131
	Artículo 23	35	131
	Quinta parte.—Efectos nocivos y casos de urgencia	36	132
	Artículos 24 y 25	36	132

	Párrafos	Página
Sexta parte.—Disposiciones diversas	37-41	132
Artículo 26	37	132
Artículo 27	38	132
Artículo 28	39	132
Artículos 29 a 32	40	133
Artículo 33	41	133
Anexo: El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de		
la navegación.—Aguas subterráneas confinadas no relacionadas con las aguas de		
SUPERFICIE		134

Introducción

- 1. El Relator Especial propone centrar su segundo informe sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, en tres aspectos:
- a) Sus conclusiones —positivas— en relación con la procedencia y la utilidad de incluir las aguas subterráneas confinadas no relacionadas con las aguas de superficie;
- b) Recomendaciones sobre los artículos que no examinó en su primer informe¹, es decir los artículos 11 a 32;
 - c) Disposiciones sobre la solución de controversias.

CAPÍTULO I

Aguas subterráneas

2. En su primer informe², el Relator Especial planteó la posibilidad de incluir las aguas subterráneas confinadas no relacionadas con las aguas de superficie en el proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua para fines distintos de la navegación. Tras el intercambio de opiniones que tuvo lugar en el 45.º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional celebrado en 1993, ésta consideró que era necesario disponer de más información al respecto. En consecuencia, la CDI pidió al Relator Especial que estudiara la posibilidad de incluir en el tema la cuestión de las aguas subterráneas confinadas³. El Relator Especial ha realizado el estudio que le pidió la Comisión, el cual se adjunta al presente informe.

3. El estudio realizado por el Relator Especial demuestra que es aconsejable incluir en el proyecto de artículos la cuestión de las aguas subterráneas confinadas no relacionadas con las aguas de superficie. Recientemente se ha observado que existe una tendencia a adoptar un enfoque integrado en relación con la ordenación de los recursos hídricos. La inclusión de las aguas subterráneas confinadas no relacionadas con las aguas de superficie es lo mínimo que puede hacerse a efectos de considerar integradamente el sistema general de ordenación de todos los recursos hídricos⁴.

¹ Anuario... 1993, vol. II (primera parte), doc. A/CN.4/451.

² Ibíd., ра́т. 11.

³ Anuario... 1993, vol. II (segunda parte), párrs. 371 y 441.

⁴ ILA, «The International Law Commission's draft articles on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses: Comments by the Water Resources Committee of the International Law Association» (el Relator Especial dispone de un ejemplar del informe). Según indicó el Comité de Recursos Hídricos de la ILA, la idea de que las aguas de un curso de agua siempre deben fluir a un término común no se justifica a la luz de los conocimientos de que se dispone actualmente sobre la naturaleza del agua, particularmente sobre la naturaleza de los acuíferos y sus relaciones con las aguas de superficie.

- 4. El Relator Especial está convencido de que los principios y normas contenidos en una convención marco o en reglas modelo sobre los cursos de agua y las aguas subterráneas conexas también son aplicables a las aguas subterráneas confinadas no relacionadas con las aguas de superficie. Además, el Relator Especial considera que, después de la primera lectura⁵, son relativamente escasos y sencillos los cambios que es preciso realizar en el proyecto para ampliar su ámbito de aplicación.
- 5. En consecuencia, no parece aconsejable mantener el ámbito de aplicación actual, del que están excluidas las aguas subterráneas confinadas no relacionadas con las aguas de superficie, ni realizar una labor paralela para preparar un instrumento similar sobre las aguas subterráneas confinadas no relacionadas con las aguas de superficie. Habida cuenta de las circunstancias, ello daría lugar a que la conclusión de los trabajos sobre el tema se retrasara hasta bien entrado el próximo quinquenio de los miembros de la CDI.
- 6. No son complicados los cambios que se requieren para incluir las aguas subterráneas no relacionadas con las aguas de superficie. Uno de los criterios que podrían utilizarse sería la supresión del requisito del «término común».
- 7. El Relator Especial sigue sosteniendo la opinión de que en el artículo 2 del proyecto se debería suprimir la expresión «fluyen a un término común». A juicio del Relator Especial, cllo no daría lugar a una ampliación inmanejable del ámbito de aplicación del proyecto de artículos. En apoyo de la supresión de la expresión «fluyen a un término común», el Comité de Recursos Hídricos de la ILA indicó que esas palabras «parecían reflejar la preocupación de que se pudiera interpretar que un curso de agua nacional que estaba artificialmente conectado al sistema de un curso de agua internacional formaba parte de esc sistema». El Comité de Recursos Hídricos sostiene la opinión, que comparte el Relator Especial, de que el mejor modo de poner remedio a esa preocupación es «mediante una declaración expresa en la que se excluya tal interpretación del concepto de "curso de agua"»⁶. Es artificial el argumento en favor de la inclusión de la expresión «fluyen a un término común». Ello se demuestra, por ejemplo, al examinar el curso de las aguas del Danubio, que fluyen al lago Constanza y al Rin en algunas épocas del año. No

- obstante, nadie considera que el Rin y el Danubio formen parte de un sistema único⁷.
- 8. En caso de que la Comisión desease suprimir el requisito del «término común», el Relator Especial estaría dispuesto a aceptar que se ampliase el concepto de curso de agua y se evitase la inclusión de cualquier referencia al «acuífero» o al «acuífero transfronterizo».
- 9. Si la supresión del requisito del «término común» no es objeto de una aceptación generalizada, se pueden utilizar varios métodos relativamente simples para incluir las aguas subterráneas confinadas no relacionadas con las aguas de superficie.
- 10. Los cambios necesarios para incluir las aguas subterráneas confinadas no relacionadas con las aguas de superficie consistirían en adoptar una definición del «curso de agua» que abarcase las «aguas subterráneas confinadas no relacionadas con las aguas de superficie» o en añadir una referencia a las «aguas subterráneas» en los distintos artículos en que fuese necesario. A juicio del Relator Especial, esta última solución es ligeramente preferible a la adopción de una definición forzada del curso de agua.
- 11. El Relator Especial ha preparado una nueva versión de los artículos en la inteligencia de que se incluirán las aguas subterráneas confinadas no relacionadas con las aguas de superficie y de que se suprimirá la expresión «y fluyen a un término común» o que, en caso de que se acepte, no se considera un indicio suficientemente claro de la inclusión de las aguas subterráneas confinadas no relacionadas con las aguas de superficie (véase el capítulo IV *infra*, en el que figura el texto modificado).

⁵ Para los artículos adoptados provisionalmente en primera lectura, véase *Anuario* 1991, vol 11 (segunda parte), págs 71 a 75

Véase nota 4 supra

⁷ Streitsache des Landes Wurttemberg 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. Las actas del asunto se encuentran en el Annual Digest of Public International Law Cases, 1927 and 1928, A. McNair y H. Lauterpacht, ed., Londres, Longmans, 1931, pág 128 El asunto está examinado en Lederle, «Die Donauversinkung», Annalen des Deustschen Reichs, 1917, Munich, 1917, pág 693. Véase también el análisis de esta cuestión en J. A. Barbens, Le statut des eaux souterraines en droit international, FAO, Étude législative 40, 1987, págs 40 y 41. Véase también el exame del asunto en el séptimo informe del anterior Relator Especial, Sr. Stephen C. McCaffrey [Anuario 1991, vol II (primera parte), documento A/CN 4/436, págs 59 y 60, párs 39 a 43]

CAPÍTULO II

Otros cambios que se recomienda realizar en los artículos 11 a 328

Obligaciones del Estado al que se ha hecho la notificación (art. 16)

12. El Relator Especial considera que procede imponer algún tipo de sanción al Estado que, habiendo recibido la notificación, no responde a la misma dentro del plazo establecido. El artículo 16, tal como está redactado, no ofrece ningún incentivo al Estado al que se ha hecho la notificación para que responda a ella. Además, se brinda una protección demasiado escasa al Estado notificante que realiza gastos generados por el hecho de que el Estado que recibió la notificación no respondió oportunamente a ella. Tal vez lo más grave sea que en caso de que se planteen problemas que resultan de una utilización controver-

13. Con objeto de poner remedio a esos problemas, el Relator Especial ha incluido un párrafo 2 en el artículo 16 (su texto figura en el capítulo IV *infra*).

Capítulo III

Solución de controversias

- 14. Por falta de tiempo u otra causa, la Comisión no ha aceptado las complejas disposiciones propuestas por los anteriores Relatores Especiales en relación con la solución de controversias. Además, lo que se aborda es una convención marco.
- 15. El Relator Especial sigue teniendo el convencimiento de que es indispensable que cualquier convención sobre el tema que prepare la Comisión ha de contar, como mínimo, con una disposición sobre la solución de controversias que sea escueta y se adapte a las necesidades.
- 16. Si así lo desean los miembros de la Comisión, el Relator Especial está dispuesto a utilizar de nuevo la totalidad del proyecto que figura en el sexto informe del Sr. McCaffrey, de 1990¹⁰. No obstante, el Relator Especial insta a que, como alternativa y como mínimo, se examine la adición que figura en la parte principal de la versión simplificada del proyecto de artículo que se reproduce *infra* (su texto figura en el capítulo IV).

tida, no se estimula al Estado al que se ha hecho la notificación a buscar soluciones compatibles con una utilización equitativa y óptima. A la espera de que se responda a su notificación, el Estado notificante no puede, sin embargo, ejecutar durante seis meses las medidas que haya proyectado. En ausencia de una respuesta, ese Estado ve retrasada la ejecución de las medidas proyectadas y, además, resulta privado de la oportunidad de modificar esas medidas a fin de evitar la posible violación de los derechos de otros Estados del curso de agua⁹.

⁸ Al margen de las consiguientes enmiendas de menor importancia que es necesario realizar para incluir las aguas subterráneas confinadas no relacionadas con las aguas de superficie, el Relator Especial sugiere que se modifiquen únicamente los artículos 16 y 21 y que, en el párrafo 3 de este último artículo, se añadan las palabras «o de fuentes de energía» después de las palabras «listas de sustancias».

⁹ Para un examen más detallado de este punto, véase Ch. B. Boume, «The International Law Commission's Draft Articles on the Law of International Watercourses: Principles and Planned Measures», en Colorado Journal of International Environmental Law and Policy (Boulder) 1992, vol., 3, N.° 1, págs. 68 y 69. Véanse también las observaciones del Comité de Recursos Hídricos de la Asociación de Derecho Internacional (nota 4 supra) y los párrafos 18 y 19 de los comentarios y observaciones del Gobierno de los Países Bajos, Anuario... 1993, vol. II (primera parte), pág. 184, doc. A/CN.4/447/Add.1 a 3.

¹⁰ Anuario... 1990, vol. II (primera parte), pág. 43, doc. A/CN.4/427 y Add.1.

CAPÍTULO IV

Texto del proyecto de artículos en el que se incluyen los cambios propuestos por el Relator Especial

17. El texto del proyecto de artículos, en el que se incluyen (en itálica) los cambios propuestos por el Relator Especial, es el siguiente:

PRIMERA PARTE

INTRODUCCIÓN

Artículo 1

18. En el párrafo 1 deberían añadirse las palabras «y de los acuíferos transfronterizos» después de la expresión «cursos de agua internacionales» y las palabras «y de los acuíferos» después de la expresión «esos cursos de agua», de manera que el texto del artículo 1 sería el siguiente:

«Artículo 1.—Ámbito de aplicación de los presentes artículos

- »1. Los presentes artículos se aplican a los usos de los cursos de agua internacionales y de los acuíferos transfronterizos y de sus aguas para fines distintos de la navegación y a las medidas de conservación y ordenación relacionadas con los usos de esos cursos de agua y de los acuíferos y de sus aguas.
- »2. El uso de los cursos de agua internacionales para la navegación no está comprendido en el ámbito de aplicación de los presentes artículos salvo la medida en que otros usos afecten a la navegación o resulten afectados por ésta.»

Artículo 2

19. En el apartado a deberían añadirse las palabras «o un acuífero» en la definición de «curso de agua internacional»; en el apartado b deberían suprimirse las palabras «fluyen a un término común»; y agregarse un nuevo apartado b bis con una definición de la expresión «aguas subterráneas confinadas» y otros términos conexos; y en el apartado c deberían añadirse las palabras «o un acuífero transfronterizo». Así, el texto del artículo 2 sería el siguiente:

«Artículo 2.—Términos empleados

- »A los efectos de los presentes artículos:
- »a) Se entiende por "curso de agua internacional" un curso de agua o un acuifero, algunas de cuyas partes se encuentran en Estados distintos;

- »b) Se entiende por "curso de agua" un sistema de aguas de superficie y subterráneas que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario [y fluyen a un término común¹¹];
- »b bis) Se entiende por "aguas subterráneas confinadas" las aguas de los acuíferos;

»se entiende por "acuífero" una formación geológica subsuperficial y acuífera de la que se pueden extraer cantidades significativas de agua y las aguas que contiene:

»se entiende por "acuífero transfronterizo" un acuífero que es atravesado por una frontera internacional¹²;

»c) Se entiende por "Estado del curso de agua" un Estado en el territorio del cual se encuentra parte de un curso de agua internacional o un acuífero transfronterizo.»

Artículo 3

20. Habría que añadir las palabras «o de acuífero», «o de un acuífero transfronterizo», «o de ese acuífero», y «o del acuífero», según corresponda, en los párrafos 1, 2 y 3. Así el texto del artículo 3 sería el siguiente:

«Articulo 3.—Acuerdos de curso de agua o de acuífero

- »1. Los Estados del curso de agua podrán celebrar uno o varios acuerdos, denominados en lo sucesivo "acuerdos de curso de agua o de acuífero", que apliquen y adapten las disposiciones de los presentes artículos a las características y usos de un curso de agua internacional determinado o de un acuífero transfronterizo o de parte de ese curso de agua o de ese acuífero.
- »2. Si entre dos o más Estados del curso de agua se celebra un acuerdo de curso de agua o de acuífero, ese acuerdo definirá las aguas a las que se aplique. Dicho acuerdo podrá celebrarse respecto de la totalidad de un curso de agua internacional o de un acuífero transfronterizo o respecto de cualquiera de sus partes o

¹¹ La inclusión o exclusión de la frase entre corchetes no tiene una importancia fundamental para los artículos relativos a las aguas subterráneas confinadas. El Relator Especial sugiere que se suprima, habida cuenta de que constituye una simplificación exagerada que no tiene sentido desde el punto de vista hidrológico y carece de utilidad.

¹² Para la fuente de estas definiciones, véase R. D. Hayton y A. E. Utton, «Transboundary groundwaters: The Bellagio Draft Treaty», en *Natural Resources Journal*, Albuquerque (N.M.), vol. 29, N.° 3, 1989, págs. 663 y ss., en particular pág. 677, artículo I (Definiciones).

de un proyecto, programa o uso particular, siempre que el acuerdo no menoscabe sensiblemente* el uso de las aguas del curso de agua *o del acuífero* por otro Estado u otros Estados del curso de agua.

- »3. Si un Estado del curso de agua considera que las características y usos de un curso de agua internacional determinado o de un acuífero transfronterizo requieren la adaptación o aplicación de las disposiciones de los presentes artículos, los Estados del curso de agua celebrarán consultas con miras a negociar de buena fe la concertación de uno o varios acuerdos de curso de agua o de acuífero.»
- * De conformidad con la decisión adoptada por el Comité de Redacción en el 45.º período de sesiones (véase Anuario... 1993, vol. I, 2322.ª sesión, párrs. 4 y 8) el término «sensible» sustituirá al término «apreciable» en todo el texto de los artículos. En el Comité de Redacción hubo acuerdo para que en el comentario se dijera que el término «apreciable» se había cambiado por «sensible» para evitar la ambigüedad del término «apreciable» (que puede significar que se puede medir o perceptible) y no para elevar el umbral mínimo más allá del cual se considera que existe un daño o menoscabo. [Véase también Anuario... 1993, vol. II (segunda parte), párrs. 377 a 386.]

Artículo 4

21. En el párrafo 1, deberían añadirse las palabras «o de acuífero» y «o acuífero transfronterizo», de manera que el texto del artículo 4 sería el siguiente:

«Artículo 4.—Partes en acuerdos de curso de agua o de acuífero

- »1. Todo Estado del curso de agua tiene derecho a participar en la negociación de cualquier acuerdo de curso de agua o de acuífero que se aplique a la totalidad de ese curso de agua internacional o acuífero transfronterizo y a llegar a ser parte en tal acuerdo, así como a participar en cualesquiera consultas pertinentes.
- »2. El Estado del curso de agua cuyo uso de un curso de agua internacional o de un acuífero transfronterizo pueda resultar afectado sensiblemente* por la ejecución de un acuerdo de curso de agua o de acuífero propuesto que solamente se aplique a una parte del curso de agua o del acuífero o a un proyecto, programa o uso particular, tendrá derecho a participar en las consultas sobre tal acuerdo y en su negociación, en la medida en que su uso resulte afectado por ese acuerdo, y a llegar a ser parte en él.»

SEGUNDA PARTE

PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 5

22. Habría que añadir las palabras «o un acuífero transfronterizo» y «o el acuífero», de manera que el texto del artículo 5 sería el siguiente:

«Artículo 5.—Utilización y participación equitativas y razonables

- »1. Los Estados del curso de agua utilizarán en sus territorios respectivos un curso de agua internacional o un acuífero transfronterizo de manera equitativa y razonable. En particular, los Estados del curso de agua utilizarán y aprovecharán un curso de agua internacional o el acuífero transfronterizo con el propósito de lograr una utilización óptima y un disfrute máximo compatibles con la protección adecuada del curso de agua o del acuífero.
- »2. Los Estados del curso de agua participarán en el uso, *ordenación*, aprovechamiento y protección de un curso de agua internacional *o un acuífero transfronterizo* de manera equitativa y razonable. Esa participación incluye tanto el derecho de utilizar el curso de agua *o el acuífero* como la obligación de cooperar en su protección y aprovechamiento, conforme a lo dispuesto en los presentes artículos.»

Artículo 6

23. Habría que añadir las palabras «o de un acuífero transfronterizo» y «o del acuífero», de manera que el texto del artículo 6 sería el siguiente:

«Artículo 6.—Factores pertinentes en una utilización equitativa y razonable

- »1. La utilización de manera equitativa y razonable de un curso de agua internacional o de un acuífero transfronterizo de conformidad con el artículo 5 requiere que se tengan en cuenta todos los factores y circunstancias pertinentes, entre otros:
- »a) Los factores geográficos, hidrográficos, hidrológicos, climáticos, ecológicos y otros factores naturales:
- »b) Las necesidades económicas y sociales de los Estados del curso de agua interesados;
- »c) Los efectos que el uso o los usos del curso de agua o del acuífero en uno de los Estados del curso de agua produzcan en otros Estados del curso de agua;
- »d) Los usos existentes y potenciales del curso de agua o del acuífero;
- »e) La conservación, la protección, el aprovechamiento y la economía en la utilización de los recursos hídricos del curso de agua o del acuífero y el costo de las medidas adoptadas a tal efecto;
- »f) La existencia de alternativas, de valor correspondiente, respecto de un uso particular existente o previsto.
- »2. En la aplicación del artículo 5 o del párrafo 1 de este artículo, los Estados del curso de agua interesados celebrarán, de ser necesario, consultas con ánimo de cooperación.»

^{*} Véase la nota del artículo 3.

Artículo 7

24. En la versión modificada del artículo propuesto por el Relator Especial en su primer informe¹³, habría que añadir las palabras «o un acuífero transfronterizo» y «o del acuífero», de manera que el texto del artículo sería el siguiente:

«Artículo 7.—Obligación de no causar daños sensibles

»Los Estados del curso de agua ejercerán la debida diligencia para utilizar un curso de agua internacional o un acuífero transfronterizo de manera que no se causen daños sensibles* a otros Estados del curso de agua, si no hay acuerdo entre ellos, salvo los que sean permisibles con arreglo a un uso equitativo y razonable del curso de agua o del acuífero. Se presumirá que un uso que cause daños sensibles* en forma de contaminación es un uso no equitativo ni razonable a menos que:

- »a) Se demuestre claramente la existencia de circunstancias especiales que indiquen una necesidad perentoria de realizar un ajuste especial; y
- »b) No haya un peligro inminente para la salud y la seguridad de las personas.»

Artículo 8

25. Habría que añadir al final las palabras «o de un acuífero transfronterizo», de manera que el texto del artículo 8 sería el siguiente:

«Artículo 8.—Obligación general de cooperación

»Los Estados del curso de agua cooperarán con arreglo a los principios de la igualdad soberana, la integridad territorial y el provecho mutuo a fin de lograr una utilización óptima y una protección adecuada de un curso de agua internacional o de un acuífero transfronterizo.»

Artículo 9

26. Habría que añadir al párrafo 1 las palabras «o del acuífero», de manera que el texto del artículo 9 sería el siguiente:

«Artículo 9.—Intercambio regular de datos e información

»1. De conformidad con el artículo 8, los Estados del curso de agua intercambiarán regularmente los

datos y la información de que razonablemente puedan disponer sobre el estado del curso de agua *o del acuí- fero*, en particular los de carácter hidrológico, meteorológico, hidrogeológico y ecológico, así como las previsiones correspondientes.

- »2. El Estado del curso de agua al que otro Estado del curso de agua le pida que proporcione datos e información de los que razonablemente no pueda disponer hará lo posible por atender esta petición, pero podrá exigir que el Estado solicitante pague los costos razonables de la reunión y, en su caso, de la elaboración de esos datos e información.
- »3. Los Estados del curso de agua harán lo posible por reunir y, en su caso, elaborar los datos y la información de manera que se facilite su utilización por los Estados del curso de agua a los que se comuniquen.»

Artículo 10

27. Habría que añadir a continuación de «curso de agua internacional» las palabras «o de un acuífero transfronterizo», de manera que el texto del artículo 10 sería el siguiente:

«Artículo 10.—Relación entre los usos

- »1. Salvo pacto o costumbre en contrario, ningún uso de un curso de agua internacional *o de un acuífero transfronterizo* tiene en sí prioridad sobre otros usos.
- »2. El conflicto entre varios usos de un curso de agua internacional *o de un acuifero transfronterizo*, se resolverá basándose en los principios y factores enunciados en los artículos 5 a 7, teniendo en cuenta especialmente la satisfacción de las necesidades humanas esenciales.»

TERCERA PARTE

MEDIDAS PROYECTADAS

Articulo 11

28. Habría que añadir al final las palabras «o de un acuífero transfronterizo», de manera que el texto del artículo 11 sería el siguiente:

«Artículo 11.—Información sobre las medidas proyectadas

»Los Estados del curso de agua intercambiarán información y se consultarán acerca de los posibles efectos de las medidas proyectadas sobre el estado de un curso de agua internacional o de un acuífero transfronterizo.»

^{*} Véase la nota del artículo 3.

¹³ A/CN.4/451 (nota 1 supra), párr. 27.

Artículos 12 a 15

29. No se propone ningún cambio en los artículos 12 a 15, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 12.—Notificación de las medidas proyectadas que puedan causar un efecto perjudicial

El Estado del curso de agua, antes de ejecutar o permitir la ejecución de las medidas proyectadas que puedan causar un efecto perjudicial sensible* a otros Estados del curso de agua, lo notificará oportunamente a esos Estados. Esa notificación rá acompañada de los datos técnicos y la información disponibles para que los Estados a los que se haga la notificación puedan evaluar los posibles efectos de las medidas proyectadas.

* Véase la nota del artículo 3.

Artículo 13.—Plazo para responder a la notificación

A menos que se hubiere acordado otra cosa, el Estado del curso de agua que haga la notificación a que se refiere el artículo 12 dará a los Estados a los que se haga esa notificación un plazo de seis meses para estudiar y evaluar los posibles efectos de las medidas proyectadas y comunicarle sus conclusiones.

Artículo 14.—Obligaciones del Estado notificante durante el plazo de respuesta

Durante el plazo a que se refiere el artículo 13, el Estado notificante cooperará con los Estados a los que se haga la notificación facilitándoles, cuando se lo pidan, cualesquiera otros datos e información adicionales de que disponga y que sean necesarios para una evaluación precisa y no ejecutará ni permitirá la ejecución de las medidas proyectadas sin el consentimiento de los Estados a los que se haga la notificación.

Artículo 15.—Respuesta a la notificación

- 1. Los Estados a los que se haya hecho la notificación comunicarán lo antes posible sus conclusiones al Estado notificante.
- 2. El Estado al que se haya hecho la notificación, si llegare a la conclusión de que la ejecución de las medidas proyectadas sería incompatible con las disposiciones de los artículos 5 ó 7, comunicará esa conclusión al Estado notificante, dentro del plazo mencionado en el artículo 13, junto con una exposición documentada de las razones en que se funde la conclusión.

Artículo 16

30. Habría que añadir un párrafo 2, de manera que el texto del artículo 16 sería el siguiente:

«Artículo 16.—Falta de respuesta a la notificación

»1. Si, dentro del plazo mencionado en el artículo 13, el Estado notificante no recibe comunicación alguna de las previstas en el párrafo 2 del artículo 15, el Estado notificante, sin perjuicio de las obligaciones que le incumban a tenor de lo dispuesto en los artículos 5 y 7, podrá iniciar la ejecución de las medidas proyectadas, de conformidad con la notificación y cualesquiera otros datos e información suministrados a los Estados a los que se haya hecho la notificación.

»2. Los derechos de un Estado al que se haya hecho la notificación y que no haya respondido podrán compensarse en función de los gastos efectuados por el Estado notificante a raíz de las medidas adoptadas después de la expiración del plazo de respuesta. Una vez cumplido el plazo para responder del Estado al que se haya hecho la notificación, no procederá el pago de ninguna indemnización durante un período de tiempo suficiente contado a partir de la recepción de la queja formulada por el Estado al que se haya hecho la notificación a los efectos de que el Estado notificante ponga fin a la actuación causante del daño.»

Artículos 17 a 19

31. No se propone ningún cambio en los artículos 17 a 19, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 17.—Consultas y negociaciones sobre las medidas proyectadas

- 1. En caso de que se haga una comunicación de conformidad con el párrafo 2 del artículo 15, el Estado notificante y el Estado autor de la comunicación iniciarán consultas y negociaciones para llegar a una solución equitativa.
- Las consultas y negociaciones se celebrarán con arreglo al principio de que cada Estado debe tener razonablemente en cuenta de buena fe los derechos y los intereses legítimos del otro Estado.
- 3. Durante las consultas y negociaciones, el Estado notificante no ejecutará ni permitirá la ejecución de las medidas proyectadas, por un plazo que no excederá de seis meses, si el Estado al que se haya hecho la notificación lo solicita en el momento en que haga la comunicación.

Artículo 18.—Procedimientos aplicables a falta de notificación

- 1. Todo Estado del curso de agua que tenga razones graves para creer que otro Estado del curso de agua proyecta tomar medidas que puedan causarle un efecto perjudicial sensible* podrá pedir a éste que aplique las disposiciones del artículo 12. La petición irá acompañada de una exposición documentada de las razones en que se funde esa convicción.
- 2. En caso de que el Estado que proyecte tomar las medidas llegue no obstante a la conclusión de que no está obligado a hacer la notificación a que se refiere el artículo 12, lo comunicará al otro Estado y le presentará una exposición documentada de las razones en que se funde esa conclusión. Si el otro Estado no está de acuerdo con esa conclusión, los dos Estados iniciarán sin demora, a petición de ese otro Estado, consultas y negociaciones en la forma indicada en los párrafos 1 y 2 del artículo 17.
- 3. Durante las consultas y negociaciones, el Estado que proyecte tomar las medidas no las ejecutará ni permitirá su ejecución, por un plazo que no excederá de seis meses, si el otro Estado lo solicita en el momento en que pida que se inicien las consultas y negociaciones.

^{*} Véase la nota del artículo 3.

Artículo 19.-Ejecución urgente de las medidas proyectadas

- 1. En caso de que la ejecución de las medidas proyectadas sea de extrema urgencia para proteger la salud y la seguridad públicas u otros intereses igualmente importantes, el Estado que proyecte tomar las medidas podrá, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 y 7, iniciar inmediatamente su ejecución, no obstante lo dispuesto en el artículo 14 y en el párrafo 3 del artículo 17.
- 2. En tales casos, se hará una declaración formal sobre la urgencia de las medidas a los demás Estados del curso de agua a que se refiere el artículo 12, y se transmitirán a éstos los datos y la información pertinentes.
- 3. El Estado que proyecte tomar las medidas iniciará sin demora, con cualquiera de los Estados indicados en el párrafo 2 que lo solicite, consultas y negociaciones en la forma indicada en los párrafos 1 y 2 del artículo 17.

CUARTA PARTE

PROTECCIÓN Y PRESERVACIÓN

Artículo 20

32. Habría que añadir al final las palabras «o de los acuíferos transfronterizos», de manera que el texto del artículo 20 sería el siguiente:

«Artículo 20.—Protección y preservación de los ecosistemas

»Los Estados del curso de agua protegerán y preservarán, individual o conjuntamente, los ecosistemas de los cursos de aguas internacionales o de los acuíferos transfronterizos.»

Artículo 21

33. Habría que trasladar el *párrafo 1* del artículo 21, en el que se define la contaminación, al artículo 2, relativo a los «términos empleados», añadiendo las palabras «o de un acuífero transfronterizo» después de las palabras «curso de agua internacional». En el *párrafo 2* habría que añadir las palabras «o de un acuífero transfronterizo» después de «curso de agua internacional». En el *párrafo 3* habría que añadir las palabras «o de fuentes de energía» después de «listas de sustancias» y las palabras «o de un acuífero transfronterizo» después de «curso de agua internacional». Con la salvedad de que el párrafo 1 sería trasladado al artículo 2, el texto del artículo 21 sería el siguiente:

«Artículo 21.—Prevención, reducción y control de la contaminación

»1. A los efectos de este artículo, se entiende por "contaminación de un curso de agua internacional o de un acuífero transfronterizo" toda alteración nociva de la composición o calidad de las aguas de un curso de agua internacional o de un acuífero transfronterizo que

resulte directa o indirectamente de un comportamiento humano.

- »2. Los Estados del curso de agua prevendrán, reducirán y controlarán, individual o conjuntamente, la contaminación de un curso de agua internacional o de un acuífero transfronterizo que pueda causar daños sensibles* a otros Estados del curso de agua o a su medio ambiente, incluidos los daños a la salud o la seguridad humanas, a la utilización de las aguas con cualquier fin útil o a los recursos vivos del curso de agua. Los Estados del curso de agua tomarán disposiciones para armonizar sus políticas a este respecto.
- »3. Los Estados del curso de agua celebrarán, a petición de cualquiera de ellos, consultas con el propósito de confeccionar listas de sustancias o de fuentes de energía cuya introducción en las aguas de un curso de agua internacional o de un acuífero transfronterizo haya de ser prohibida, limitada, estudiada o vigilada.»

Artículo 22

34. Habría que añadir las palabras «o en un acuífero transfronterizo» después de «un curso de agua internacional» y las palabras «o del acuífero» después de «del curso de agua», de manera que el texto del artículo 22 sería el siguiente:

«Artículo 22.—Introducción de especies extrañas o nuevas

»Los Estados del curso de agua tomarán todas las medidas necesarias para impedir la introducción, en un curso de agua internacional o en un acuífero transfronterizo, de especies extrañas o nuevas que produzcan o puedan producir efectos nocivos para el ecosistema del curso de agua o del acuífero que originen daños sensibles* para otros Estados del curso de agua.»

Artículo 23

35. No se propone ningún cambio en el artículo 23, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 23.-Protección y preservación del medio marino

Los Estados del curso de agua tomarán, individual o conjuntamente, todas las medidas con respecto a un curso de agua internacional que sean necesarias para proteger y preservar el medio marino, incluidos los estuarios, teniendo en cuenta las reglas internacionales generalmente aceptadas.

^{*} Véase la nota del artículo 3

^{*} Véase la nota del artículo 3.

QUINTA PARTE

EFECTOS NOCIVOS Y CASOS DE URGENCIA

Artículos 24 y 25

36. No se propone ningún cambio en los artículos 24 y 25, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 24.—Medidas para prevenir y atenuar los efectos nocivos

Los Estados del curso de agua tomarán, individual o conjuntamente, todas las medidas apropiadas para prevenir o atenuar los efectos que resulten de causas naturales o de un comportamiento humano, como crecidas o deshielos, enfermedades de origen hídrico, entarquinamiento, erosión, intrusión de agua salada, sequía o desertificación, que puedan ser nocivos para otros Estados del curso de agua.

Artículo 25.—Casos de urgencia

- 1. A los efectos de este artículo, se entiende por «casos de urgencia» toda situación que causa graves daños a los Estados del curso de agua o a otros Estados, o crea un peligro inminente de causar tales daños, y que resulta súbitamente de causas naturales, como las crecidas, el deshielo, los desprendimientos de tierras o los terremotos, o de un comportamiento humano, como en el caso de los accidentes industriales.
- Todo Estado del curso de agua notificará sin demora y por los medios más rápidos de que disponga a los demás Estados que puedan resultar afectados y a las organizaciones internacionales competentes cualquier caso de urgencia que sobrevenga en su territorio.
- 3. El Estado del curso de agua en cuyo territorio sobrevenga un caso de urgencia tomará inmediatamente, en cooperación con los Estados que puedan resultar afectados y, cuando proceda, las organizaciones internacionales competentes, todas las medidas posibles que requieran las circunstancias para prevenir, atenuar y eliminar los efectos nocivos del caso de urgencia.
- 4. De ser necesario, los Estados del curso de agua elaborarán conjuntamente planes para hacer frente a los casos de urgencia, en cooperación, cuando proceda, con los demás Estados que puedan resultar afectados y las organizaciones internacionales competentes.

SEXTA PARTE

DISPOSICIONES DIVERSAS

Artículo 26

37. En el párrafo 1, habría que añadir las palabras «o de un acuífero transfronterizo» después de «curso de agua internacional». En el apartado a del párrafo 2, habría que añadir las palabras «o de un acuífero transfronterizo» después de «curso de agua internacional». En el apartado b del párrafo 2, habría que añadir las palabras «o del acuífero» después de «curso de agua». Así, el texto del artículo 26 sería el siguiente:

«Artículo 26.—Gestión

- »1. Los Estados del curso de agua entablarán, a petición de cualquiera de ellos, consultas sobre la gestión de un curso de agua internacional *o de un acuífero transfronterizo*, incluida eventualmente la creación de un órgano mixto de gestión.
- »2. A los efectos de este artículo, se entiende por "gestión", en particular:
- »a) El hecho de planificar el aprovechamiento sostenible de un curso de agua internacional o de un acuífero transfronterizo y de velar por la ejecución de los planes que se adopten; y
- »b) El hecho de promover de otro modo la utilización racional y óptima, la protección y el control del curso de agua o del acuífero.»

Articulo 27

38. Al final de los párrafos 1 y 3, habría que añadir las palabras «o de un acuífero transfronterizo», de manera que el texto del artículo 27 sería el siguiente:

«Artículo 27.—Regulación

- »1. Los Estados del curso de agua cooperarán según proceda en lo concerniente a las necesidades o posibilidades de regulación del caudal de las aguas de un curso de agua internacional o de un acuífero transfronterizo.
- »2. Salvo que hayan acordado otra cosa, los Estados del curso de agua participarán de manera equitativa en la construcción y el mantenimiento o la financiación de las obras de regulación que hayan convenido en ejecutar
- »3. A los efectos de este artículo, se entiende por "regulación" la utilización de obras hidráulicas o cualquier otra medida estable para alterar, modificar o controlar de otro modo el caudal de las aguas de un curso de agua internacional o de un acuífero transfronterizo.»

Artículo 28

39. Al final del párrafo 1 y del apartado a del párrafo 2, habría que añadir las palabras «o un acuífero transfronterizo» después de «curso de agua internacional». En consecuencia, el texto del artículo 28 sería el siguiente:

«Artículo 28.—Instalaciones

»1. Los Estados del curso de agua harán lo posible, dentro de sus respectivos territorios, por mantener y proteger las instalaciones, construcciones y otras obras relacionadas con un curso de agua internacional o un acuifero transfronterizo.

- »2. Los Estados del curso de agua entablarán, a petición de cualquiera de ellos que tenga razones graves para creer que puede sufrir efectos perjudiciales sensibles*, consultas sobre:
- »a) El buen funcionamiento o mantenimiento de las instalaciones, construcciones u otras obras relacionadas con un curso de agua internacional o un acuífero transfronterizo; o
- »b) La protección de las instalaciones, construcciones u otras obras contra actos dolosos o culposos o contra las fuerzas naturales.»
- * Véase la nota del artículo 3.

Artículos 29 a 32

40. Aunque el Relator Especial no preconiza la necesidad de que se suprima el artículo 29, toma nota de que varios Estados lo han sugerido en declaraciones y observaciones escritas y que el artículo, según está redactado, no contiene norma alguna que no esté ya vigente como obligación vinculante. No se propone ningún cambio en el artículo 29 ni en los artículos 30 a 32. El texto de los artículos 29 a 32 es el siguiente:

Artículo 29.—Cursos de agua internacionales e instalaciones en tiempo de conflicto armado

Los cursos de agua internacionales y las instalaciones, construcciones y otras obras conexas gozarán de la protección que les confieren los principios y normas de derecho internacional aplicables en caso de conflicto armado internacional o interno y no serán utilizadas en violación de esos principios y normas.

Artículo 30.—Procedimientos indirectos

Cuando haya graves obstáculos para establecer contactos directos entre Estados del curso de agua, los Estados interesados cumplirán sus obligaciones de cooperación que les incumben con arreglo a los presentes artículos mediante el intercambio de datos e información, la notificación, la comunicación, las consultas y las negociaciones, por medio de cualquier procedimiento indirecto que hayan aceptado.

Artículo 31.- Datos e información vitales para la defensa y la seguridad nacionales

Nada de lo dispuesto en los presentes artículos obliga a ningún Estado del curso de agua a proporcionar datos o información que sean vitales para su defensa o seguridad nacionales. No obstante, todo Estado del curso de agua cooperará de buena fe con los demás Estados del curso de agua para proporcionar toda la información que sea posible según las circunstancias.

Artículo 32.-No discriminación

Los Estados del curso de agua no incurrirán en discriminación basada en la nacionalidad o la residencia para reconocer la libertad de acceso al proceso judicial o de otra índole, de conformidad con sus ordenamientos jurídicos, a toda persona natural o jurídica que haya sufrido daños sensibles* a consecuencia de una actividad relacionada con un curso de agua internacional o que esté expuesta a un riesgo de sufrir tales daños.

Artículo 33

41. El Relator Especial propone la siguiente disposición relativa a la solución de controversias:

«Artículo 33.—Solución de controversias

- »1. Los Estados del curso de agua solucionarán por medios pacíficos sus controversias relativas al curso de agua.
- »2. A falta de un acuerdo aplicable entre los Estados interesados a los efectos de la solución de controversias, éstas se solucionarán de la manera siguiente:
- »a) Si surge una controversia relativa a una cuestión de hecho o a la interpretación o aplicación de los presentes artículos, los Estados interesados iniciarán sin demora consultas y negociaciones con miras a lograr una solución equitativa de la controversia;
- »b) Si los Estados interesados no han logrado una solución de la controversia en el curso de seis meses mediante la celebración de consultas y negociaciones, recurrirán a un método imparcial de determinación de los hechos o a la conciliación;
- »c) Si las partes no han podido solucionar la controversia después de transcurridos doce meses desde la petición inicial de que se recurra a la determinación de los hechos o a la conciliación o después de transcurridos seis meses desde la recepción del informe de la comisión de determinación de los hechos o de conciliación, una vez cumplido el plazo que venza último cualquiera de las partes podrá someter la controversia al arbitraje obligatorio de un tribunal permanente o especial que haya sido aceptado por todas las partes en la controversia.»

^{*} Véase la nota del artículo 3.

Anexo

EL DERECHO DE LOS USOS DE LOS CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES PARA FINES DISTINTOS DE LA NAVEGACIÓN

AGUAS SUBTERRÁNEAS CONFINADAS NO RELACIONADAS CON LAS AGUAS DE SUPERFICIE

A.—Aguas subterráneas transfronterizas

- 1. Los cursos de aguas subterráneas transfronterizas existen prácticamente en todos los continentes del mundo. Por ejemplo, en el nordeste de África, en el África septentrional y central y en el África noroccidental existen acuíferos que abarcan un extenso territorio¹.
- 2. El acuífero nororiental abarca el Chad, Egipto, la Jamahiriya Árabe Libia y el Sudán; el de la península arábiga es compartido por Arabia Saudita, Bahrein, y quizás los Emiratos Árabes Unidos y Qatar; el acuífero de la cuenca del Sáhara septentrional es compartido por Argelia, la Jamahiriya Árabe Libia y Túnez; el acuífero del Chad es compartido por el Camerún, el Chad, el Níger, Nigeria, la República Centroafricana y el Sudán; el acuífero de la cuenca del Taoudeni es compartido por el Chad, Egipto, la Jamahiriya Árabe Libia y el Sudán; y el acuífero o cuença de Maestrich es compartido por Gambia, Guinea-Bissau, Mauritania y el Senegal². Un estudio llevado a cabo recientemente del acuífero del desierto de Nubia ha puesto de manifiesto que dicho acuífero abarca vastas zonas del Chad, Egipto, la Jamahiriya Árabe Libia y el Sudán y está subdividido en subcuencas que tienen conexiones hidráulicas entre sí. Pueden citarse otros ejemplos en América del Norte, Asia y Europa. Se ha señalado que: «Dejando de lado las islas remotas, prácticamente todos los países comparten un sistema de aguas subterráneas con uno o más países»³.
- 3. Con frecuencia, los cursos de aguas subterráneas transfronterizas no están relacionados con las aguas de superficie y no fluyen a un término común, especialmente en las regiones áridas. Dichos cursos de aguas subterráneas confinadas no relacionadas con las aguas de superficie tienen completa autonomía y la única forma de salida

de las aguas es «mediante capilaridad y evapotranspiración», y a todos los efectos prácticos pueden «ser independientes de cualquier sistema de aguas superficiales interiores cuya existencia pueda determinarse»⁴. Pueden recargarse periódicamente gracias a la filtración de agua producida por la inundación de cañadas secas y de substratos duros secos en el desierto⁵. Se afirma que la formación de dichos cursos de aguas subterráneas confinadas tuvo lugar a raíz de «la obstrucción del terreno suprayacente» o del «movimiento geológico de la tierra, el cual posiblemente haya separado a las zonas originales de recarga superficial de la zona de formación del acuífero». Además, los cambios climáticos ocurridos hace largo tiempo pueden haber hecho desaparecer los ríos y lagos que antes alimentaban a los acuíferos. La recarga de dichos acuíferos tiene lugar en muchos casos en virtud de la precipitación o del derretimiento del hielo o la nieve, en los casos en que están presentes. Por lo tanto, desde todo punto de vista, tales acuíferos son depósitos «independientes» que no interactúan de manera significativa con las aguas superficiales existenteso.

B.— Importancia de las aguas subterráneas para el ser humano

4. Las aguas subterráneas constituyen la mayor fuente de agua dulce almacenada de que se dispone en la Tierra. Se estima que, mientras los lagos de agua dulce tienen un volumen de 120.000 kilómetros cúbicos, las aguas subterráneas que se encuentran a una profundidad de 800 metros en la corteza de la tierra tienen un volumen de alrededor de 4 millones de kilómetros cúbicos. Se afirma que existen otros 14 millones de kilómetros cúbicos de

¹ ILA, Report of the Sixty-second Conference, Seoul, 1986, Londres, 1987, págs. 231 y ss. (en adelante informe de Seúl), en particular pág. 238.

² D. A. Caponera y D. Alhéritière, «Principles for international groundwater law», *Natural Resources Journal*, Albuquerque (N.M.), vol. 18, N.° 3, 1978, págs. 589 y ss., especialmente pág. 590.

³ Ibíd. Allí se citan *Groundwater in Africa* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: E.71.II.A.16) y *Las aguas subterráneas en el hemisferio occidental*, Recursos naturales/Serie del agua N.º 4 (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.76.II.A.5).

⁴ ILA, informe de Seúl, pág. 256.

⁵ Ibíd., se cita a Margat, «Groundwater Reservoirs, Physical Basis for their Use», en *Groundwater Seminar Granada*, Informe FAO/PNUD, Seminario organizado por el Gobierno español (Role of Groundwater in the Optimal Utilization of Hydraulic Resources); Granada, 1971, documento N.° 18 de la FAO relativo a la irrigación y a los sistemas hidrográficos (Roma, 1973).

⁶ Ibíd.

agua a profundidades que varían entre uno y tres kilómetros⁷.

- 5. En todo el mundo, la mayoría de las poblaciones dependen de las reservas subterráneas para abastecerse de agua. Por ejemplo, en los Estados miembros de la Unión Europea, las aguas subterráneas representan en total el 70 % del agua potable; en Alemania y en los países del Benelux representan un porcentaje mucho mayor, y en Italia un 93 %8. La mitad del agua potable que se consume en los Estados Unidos procede de aguas subterráneas⁹, y el 97 % de la misma es utilizada por la población rural. Según afirma la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), las aguas subterráneas existentes en Europa proveen el 75 % del total de agua potable que se consume. En algunos países, las aguas subterráneas son prácticamente la única fuente de agua potable. Por ejemplo, en Dinamarca, las aguas subterráneas proporcionan el 98 % del agua potable. Las aguas subterráneas son a menudo la única fuente de agua en las regiones áridas y semiáridas. En esas regiones, las aguas subterráneas son de importancia vital para cualquier plan de desarrollo socioeconómico. Habida cuenta del aumento ininterrumpido de la población humana, así como del agotamiento o la contaminación de las aguas superficiales, las aguas subterráneas han pasado a tener importancia fundamental en muchas partes del mundo. En África, donde las aguas de superficie son escasas en las zonas alejadas de los grandes ríos, la mayor parte del agua que se usa para el consumo se extrae de pozos subterráneos. En épocas recientes ha aumentado bruscamente la utilización de las aguas subterráneas debido a la rápida incorporación de África a la moderna economía industrial.
- 6. Tanto en América del Norte como en América del Sur se utilizan ampliamente las aguas subterráneas. En el territorio de México, especialmente «donde la regiones desérticas, áridas o semiáridas ocupan las dos terceras partes del territorio, las aguas subterráneas son un recurso inestimable». Anualmente se extraen de los pozos alrededor de 12.000 millones de metros cúbicos de agua, que se destina a diversos usos 10. En el Mediterráneo oriental y en el Asia occidental se ha producido un aumento igualmente rápido de la demanda de agua. En general, las aguas subterráneas constituyen la única fuente de abastecimiento de agua en la mayor parte de la región. Esa rápida demanda es consecuencia del desarrollo industrial y la urbanización, en especial tras el descubrimiento de grandes reservas de petróleo, y de la necesidad de aumentar la producción agrícola. En algunos países de la región, «la exploración y el aprovechamiento de los recursos de aguas subterráneas han alcanzado niveles espectacula-

res»¹¹. En general, las aguas subterráneas han pasado a ser una fuente de abastecimiento de agua más confiable y más fácil de controlar que las aguas superficiales a los efectos del regadío¹². En todo el mundo en general en los últimos tiempos han comenzado a utilizarse con más frecuencia las aguas subterráneas¹³.

C.—Contaminación de las aguas subterráneas

7. Las inquietudes que en la actualidad despiertan los recursos hídricos, y especialmente las aguas subterráneas, se refieren a su contaminación cada vez mayor. Tal preocupación ha sido expuesta en forma muy concisa en una Carta sobre la ordenación de las aguas subterráneas, que fue aprobada recientemente por la Comisión Económica para Europa, de la siguiente manera:

Las aguas subterráneas —como recurso natural que tiene a la vez valor ecológico y valor económico— son de vital importancia para sustentar la vida, la salud y la integridad de los ecosistemas. No obstante, ese recurso se ve cada vez más amenazado por el uso excesivo y los nocivos efectos a largo plazo de la contaminación. Esta se origina tanto en fuentes circunscritas como difusas. Los riesgos potenciales o las repercusiones reales podrían dañar en forma permanente los recursos de aguas subterráneas, con consecuencias impredecibles y de largo alcance para las generaciones presentes y futuras. Es necesario adoptar medidas con urgencia. 14

8. La contaminación de los acuíferos transfronterizos podría ser catastrófica para los países que comparten sus aguas¹⁵. La contaminación de las aguas subterráneas, y en especial de las aguas subterráneas confinadas, podría ser incluso más grave que la de las aguas superficiales, ya que debido a su movimiento más lento las sustancias contaminantes tienden a almacenarse en el acuífero ¹⁶. Según afirman los expertos, se necesitarían 100 años de recarga constante con agua limpia para que un acuífero contaminado pudiera estar otra vez en condiciones de descargar agua potable, y eso en caso de que la sustancia contaminante fuera degradable¹⁷. Por otra parte, sería necesario un período de tiempo indefinido para desprenderse de una sustancia contaminante que no pudiera degradarse o

 $^{^7}$ Almacenamiento y recarga artificial de aguas subterráneas, Recursos naturales/Serie del agua N $^\circ$ 2 (publicación de las Naciones Unidas, N $^\circ$ de venta S74 II A11), pág 1

⁸ L A Teclaff y E Teclaff, «Transboundary Groundwater Pollution Survey and Trends in Treaty Law», *Natural Resources Journal*, Albuquerque (N M), vol 19, N ° 3, 1979, pág 629

⁹ Ibíd, donde se cita a la *Environmental Protection Agency* (EPA)[Oficina federal de protección del medio ambiente de Estados Unidos de América], *Federal Register*, vol. 43, pág. 58948 (1978)

¹⁰ Las aguas subierraneas en el hemisferio occidental (véase nota 3, supra), pág 2

 $^{^{11}}$ Groundwater in the Eastern Mediterranean and Western Asia, Natural Resources/Water Series N $^{\circ}$ 9 (publicación de las Naciones Unidas, N $^{\circ}$ de venta E 82 I A 8), pág 4

¹² E Fano y M Brewster, «Issues in Groundwater Economics», en Naciones Unidas, Departamento de cooperación técnica para el desarrollo, *Ground Water Economics*, Informe de un coloquio internacional organizado por las Naciones Unidas en colaboración con el Gobierno de España, Barcelona, España, 19 a 23 de octubre de 1987, doc TCD/SEM 88/2, pág 35

¹³ Hayton, «The Groundwater Legal Regime as Instrument of Policy Objectives and Management Requirements», *Natural Resources Journal*, Albuquerque (N M), vol. 22, N o 1, 1982, pág. 119

¹⁴ CEE, Charter on groundwater management (publicación de las Naciones Unidas, N ° de venta 89 II E 21), Prefacio

Véase A E Utton, «The development of international ground-water law», Natural Resources Journal, Albuquerque (N M), vol 22, N° 1, 1982, pág 109

 $^{^{16}\,}$ Ibíd , pág $\,$ 108 Véase también Teclaff y Teclaff, loc~cut , pág $\,$ 632

¹⁷ Haaze, «Interrelationship of ground and surface water an enigma to western water law», *Southwestern University Law Review*, Los Angeles (Ca), vol 10, 1978, pág 2069, y especialmente pág 2079, citado en Teclaff y Teclaff, *loc ctt*, pág 632

absorberse fácilmente a nivel subterráneo, «dado que el período medio de residencia del agua subterránea es del orden de los 200 años»¹⁸.

9. Entre las fuentes de contaminación de las aguas subterráneas, estén o no relacionadas con las aguas superficiales, y también de estas últimas, naturalmente, se cuentan los fertilizantes agrícolas, los desechos de origen animal, los pesticidas, las fosas sépticas y las cisternas de almacenamiento subterráneo, los sitios de vertimiento de desechos, los pozos de inyección subterráneos, los embalses superficiales, el depósito y transporte de materiales, el escurrimiento urbano, las plantas de tratamiento químico y de otra índole, la minería y la salinización¹⁹. La contaminación puede también tener lugar cuando se agotan las aguas subterráneas, lo cual permite la entrada de agua salada en el acuífero.

D.—La práctica de los Estados en materia de aguas subterráneas transfronterizas

10. En épocas pasadas, los Estados no se preocupaban demasiado por utilizar las aguas subterráneas de manera correcta ni de protegerlas de la contaminación, debido a que no se comprendía bien la naturaleza del ciclo hidráulico y también porque, al contrario de lo que sucede con las aguas superficiales, las aguas subterráneas no están a la vista y por lo tanto su contaminación no se manifiesta sino en una etapa muy tardía²⁰. La práctica de los Estados en materia de aguas subterráneas transfronterizas en especial es sumamente escasa. Sólo unos pocos tratados que se refieren a los recursos hídricos compartidos abarcan las aguas subterráneas. Algunos de esos tratados son, por ejemplo, el acuerdo de 1925 entre Egipto e Italia relativo al pozo de Ramla²¹; el Convenio y el Protocolo de 1927 entre la Unión Soviética y Turquía relativos a la utilización de las aguas fronterizas²² y el Tratado de Paz de 1947 entre las Potencias aliadas e Italia, en el cual se establecieron las garantías entre Italia y Yugoslavia sobre los manantiales en la comuna de Gorizia²³. Algunos tratados abordan la cuestión de la protección de las aguas subterráneas respecto de la contaminación. Entre ellos se cuentan el tratado de 1955 entre Yugoslavia y Hungría²⁴, el tratado

de 1956 entre Yugoslavia y Albania²⁵, el tratado de 1958 entre Yugoslavia y Bulgaria²⁶, el tratado de 1958 entre Polonia y Checoslovaquia²⁷, el tratado de 1964 entre Polonia y la Unión Soviética²⁸, el acuerdo de 1972 entre Finlandia y Suecia relativo a los ríos fronterizos²⁹, el Convenio de 1972 entre Suiza e Italia relativo a la protección de las aguas fronterizas respecto de la contaminación³⁰ y el acuerdo de 1973 entre los Estados Unidos y México relativo a los problemas de la salinidad del río Colorado³¹.

- 11. Todos los tratados en la materia se refieren a las «aguas subterráneas» y se aplican por igual tanto a las aguas subterráneas confinadas no relacionadas con las aguas de superficie como a las que fluyen a un término común. Los acuerdos celebrados por Yugoslavia, por ejemplo, se aplican a «todas las cuestiones de la economía del agua». La expresión «sistema del curso de agua» se define como «todos los cursos de agua (sean superficiales o subterráneos, naturales o artificiales)».
- 12. El acuerdo de 1964 entre Polonia y la Unión Soviética define las aguas fronterizas de manera que comprende a las aguas subterráneas que cruzan la frontera del Estado (párr. 3, art. 2). En virtud de ese acuerdo, las partes se comprometieron a cooperar en las actividades económicas, científicas y técnicas relativas al empleo de los recursos hídricos en las zonas fronterizas, incluida en particular «la protección de las aguas superficiales y subterráneas respecto del agotamiento y la contaminación» (párr. 3, art. 7). El acuerdo celebrado entre Finlandia y Suecia se aplica, entre otras cosas, a «las medidas adoptadas respecto de cualquier curso de agua que puedan afectar el estado de las napas de aguas subterráneas» (cap. 3, art.1).
- 13. El acuerdo de 1973 entre los Estados Unidos y México limita el bombeo de aguas subterráneas en las áreas fronterizas en el respectivo territorio dentro de las 5 millas (8 kilómetros) de la frontera entre Arizona y Sonora cerca de San Luis, a 160.000 acres-pies (197.358.000 metros cúbicos) anuales, mientras se llega a un convenio de alcance general sobre las aguas subterráneas. Ambos países tienen la obligación de consultarse

¹⁸ Estimación de la *Environmental Protection Agency* (EPA) de los Estados Unidos (véase nota 9 *supra*), citado también en Teclaff y Teclaff, *loc cit*, pág 632

¹⁹ OCDE, Gestion des ressources en eau — Politiques integrées, París, octubre de 1989, pág 222

²⁰ Véase Teclaff y Teclaff, *loc cit*, pág 636

²¹ Accord entre l'Égipte et l'Italie concernant l'établissement des frontières entre la Cyrénaique et l'Égypte (El Cairo, 6 de diciembre de 1925) [Naciones Unidas, Textes législatifs et dispositions de traités concernant l'utilisation des fleuves internationaux à des fins autres que la navigation (en adelante Textes législatifs) [ST/LEG/SER B/12], Tratado N° 6, pág 99]

²² Ibíd, Tratado N° 106, pág 384

²³ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol 49, págs 3 y ss., especialmente pág 13

 $^{^{24}}$ Accord relatif au régime des eaux, avec en annexe le statut de la Commission yougoslavo-hongroise d'hydroéconomie (Belgrado, 8 de agosto de 1955) [Textes législatifs , Tratado N $^\circ$ 22, pág 830]

²⁵ Accord réglementant les questions d'hydroéconomie, avec, en annexe le statut de la Commission albano-yougoslave d'hydroéconomie et avec le Protocole concernant la pêche dans les lacs et les cours d'eau limitrophes (Belgrado, 5 de diciembre de 1956) [ibíd, Tratado N ° 128, pág 441]

²⁶ Accord (avec annexe) relatif aux questions de l'hydroéconomie (Sofía, 4 de abril de 1958) [Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol 367, pág 89]

²⁷ Accord relatif à l'hydroéconomie des eaux frontières (avec annexe) (Praga, 21 de marzo de 1958) [ibíd, vol 538, pág 89]

²⁸ Accord relatif à l'hydroéconomie des eaux frontières (Varsovia, 17 de julio de 1964) [ibíd, vol 552, pág 175]

²⁹ Firmado en Estocolmo el 16 de setiembre de 1971[ibíd , vol 825, pág 191]

³⁰ Firmado en Roma el 20 de abril de 1972 [ibíd , vol 957, pág 277]

³¹ Intercambio de notas entre los Estados Unidos de América y México del 30 de agosto de 1973, confirmando la Minuta N° 242 de la Comisión Internacional de fronteras y de aguas Estados Unidos-México, relativa a la salinidad de las aguas del río Colorado, México y Tlatelolco, 30 de agosto de 1973 [Naciones Unidas, Recueil des Trates, vol 915, pág 203, United States Treaties and Other International Agreements, vol 24 (2), 1973, Washington (D C), United States Government Printing Office,1974, pág 1968]

recíprocamente «antes de emprender, en el área fronteriza de sus respectivos territorios, cualquier nueva obra referida a las aguas superficiales o a las aguas subterráneas, o de emprender modificaciones substanciales a sus instalaciones actuales, que pudieran afectar adversamente al otro país». Con la adopción de dichas medidas, México, que es el Estado ribereño de la parte inferior del curso de agua, habría de recibir un volumen constante de agua, así como agua cualitativamente limpia que pudiera ser usada en la agricultura y la industria y para el consumo humano³².

14. En cuanto al Convenio entre Italia y Suiza, se estableció una Comisión mixta de control de la contaminación a fin de iniciar todas las investigaciones necesarias en relación con el origen, la naturaleza y la magnitud de la contaminación de las aguas superficiales y subterráneas que pudiera contribuir a la contaminación de los lagos Mayor, Lugano y otros cursos de agua³³.

E.—Ordenación integrada de los recursos hídricos

15. Se ha determinado que es escasa la práctica de los Estados en cuanto a la ordenación de los recursos de aguas subterráneas. En épocas pasadas, los Estados tendían a considerar que las aguas subterráneas constituían un sistema separado de las aguas superficiales. Tal enfoque se derivaba fundamentalmente de una falta de comprensión de las relaciones que existen entre las aguas subterráneas y superficiales y del ciclo hidrológico en particular. Tal concepto de la separación de las aguas subterráneas respecto de las superficiales

ha sido muy común entre los especialistas en hidrología así como en el público en general y se refleja en la legislación, en la división de responsabilidades entre los organismos del gobierno, en el aprovechamiento y la reglamentación [] Todo volumen de agua que se extraiga por bombeo de los pozos en condiciones de equilibrio necesariamente se desvía desde alguna otra parte hacia el acuífero, quizás desde otros acuíferos, quizás desde arroyos o lagos, o incluso desde marismas probablemente, pero no necesariamente, desde lugares en los cuales no resulta útil para nadie. Hay ejemplos suficientes de agotamiento de las aguas de algunas corrientes a raíz de la explotación de las aguas subterráneas y de contaminación de las aguas subterráneas a raíz del vertimiento de desechos en las aguas superficiales, para poner de manifiesto la relación estrecha, aunque variable, que existe entre las aguas superficiales y las aguas subterráneas³⁴

16. No obstante, en épocas más recientes se han desplegado esfuerzos concertados «para utilizar en forma óptima los recursos hídricos disponibles frente a una demanda creciente» 35. Se procura actualmente entender mejor el ciclo hidrológico. La contaminación del agua también «ha puesto aún más de relieve la necesidad de resolver los problemas de ordenación de los recursos hídricos teniendo en cuenta como factores principales un

aprovechamiento, utilización y conservación racionales de las aguas subterráneas»³⁶. Se ha sugerido que la forma más viable de lograr una utilización y ordenación adecuadas de los recursos hídricos es adoptar un enfoque integrado de la ordenación de todos los recursos hídricos, que abarque en particular a las aguas subterráneas.

17. Se han aprobado una serie de recomendaciones y resoluciones relativas a la utilización y gestión adecuadas de los recursos hídricos a partir de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, en 1977, en la cual se recomendó que:

Se adopten medidas para utilizar los acuíferos subterráneos en forma de sistemas colectivos e integrados, cuando sea posible y útil, temendo en cuenta la regulación y la utilización de los recursos hídricos superficiales. Con ello será posible explotar los acuíferos subterráneos hasta sus límites físicos, proteger las fuentes y las aguas subterráneas contra la extracción excesiva y la salinidad, así como asegurar la distribución apropiada de los recursos³⁷

- 18. En la reunión interregional celebrada en Dakar en 1981 se exhortó también a adoptar un enfoque integrado del aprovechamiento y la ordenación de los recursos hídricos compartidos, a fin de lograr una utilización, conservación y protección óptimas, en los siguientes términos:
- I Dondequiera que haya acuíferos o cuencas internacionales, se requiere cooperación técnica para su desarrollo integral
- 2 Para elaborar modelos correctos de los acuíferos compartidos y proceder a su ordenación apropiada es preciso evaluar su potencial, determinar las fuentes de sus aguas y sus posibilidades de recarga y verificar el movimiento de las aguas dentro del acuífero Estos y otros factores esenciales para la evaluación y la debida ordenación del acuífero sólo pueden atenderse en forma apropiada mediante investigaciones a ambos lados de las fronteras nacionales de los países interesados
- 3 Conviene aplicar un criterio integrado al desarrollo de las aguas subterráneas la integración debe abarcar no sólo a otros recursos hídricos, tales como los ríos y las lluvias, sino también a otros insumos requeridos para lograr éxito en los usos de las aguas, en particular los estudios edafológicos y la clasificación de las tierras³⁸
- 19. En relación con el aprovechamiento de las aguas subterráneas de manera integrada, se dijo en la reunión que los gobiernos, entre otras cosas,

deben planificar activamente los estudios y el aprovechamiento de las aguas subterráneas para su uso integrado con las aguas de superficie y otros insumos agrícolas, y la evaluación económica y social de los proyectos de desarrollo de los recursos en aguas subterráneas []

y que:

El desarrollo de los recursos hídricos subterráneos debe considerarse como parte integrante del desarrollo de todos los recursos hídricos en general, de ahí se desprende que el desarrollo de las aguas subterráneas debe enfocarse en relación con el de las aguas superficiales, y con la eficaz utilización de la precipitación directa, y sólo debe considerarse por sí mismo en el caso de las zonas más áridas.³⁹

³² J Barona Lobato, «Legal Considerations, Interpretations and Projections of Minute 242», *Natural Resources Journal*, Albuquerque (N M), vol 15, 1975, pág 37

³³ Artículo 2 del Convenio (véase nota 30 *supra*)

³⁴ H E Thomas y L B Leopold, «Groundwater in North America», Science, Washington (D C), vol 143, N ° 3610, marzo de 1964, págs 1001 y ss, especialmente pág 1003

³⁵ R D Hayton, «Institutional Alternatives for Mexico-US groundwater management», *International Groundwater Law*, Nueva York, Oceana Publications, 1981, pág 135

³⁶ Ibíd

 $^{^{37}}$ Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua Mar del Plata 14 a 25 de marzo de 1977 (publicación de las Naciones Unidas, N $^{\circ}$ de venta S 77 II A 12), primera parte, cap I, pág 11, párr 10

³⁸ Experiencias en el aprovechamiento y administracion de cuencas fluviales y lacustres internacionales, Actas de la Reunión interregional de organizaciones fluviales internacionales, Dakar, 5 a 14 de mayo de 1981, Recursos naturales/Serie del agua N° 10 (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S 82 II A 17), pág 326

³⁹ Ibíd , pág 324

- 20. Con arreglo a los resultados del proyecto sobre el acuífero de arenisca del desierto de Nubia, también se ha recomendado que el aprovechamiento de las aguas subterráneas de cada una de las zonas del acuífero de arenisca del desierto de Nubia forme parte de su plan de aprovechamiento integrado⁴⁰.
- 21. Respecto del control de la contaminación de las aguas subterráneas, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua celebrada en 1977 recomendó que los Estados, entre otras cosas:
- a) Efectuaran estudios de los actuales niveles de contaminación de las aguas superficiales y subterráneas y crearan redes de control para detectar la contaminación,

[]

f) Efectuaran investigaciones y evaluaciones de la contaminación de las aguas superficiales y subterráneas causada por los abonos y biocidas agrícolas con miras a reducir los efectos ambientales adversos,

[]

m) Promovieran la utilización de las técnicas de infiltración cuando la naturaleza de los efluentes y de los terrenos permitiera hacerlo sin riesgo para los recursos superficiales y subterráneos,

Γ

 o) Procedieran a una adecuada planificación del uso de la tierra como medio de prevenir la contaminación, especialmente en el caso de las aguas subterráneas,

 $[]^{41}$

22. En la Carta sobre la ordenación de las aguas subterráneas aprobada por la CEE se han formulado también varias recomendaciones acerca de la forma en que han de tratarse las aguas subterráneas. Se pide a los gobiernos que, en la esfera de la política sobre las aguas subterráneas,

formulen y adopten una política de largo plazo, a fin de proteger las aguas subterráncas mediante la prevención de la contaminación y la extracción excesiva Dicha política debería tener carácter amplio y llevarse a la práctica en todos los niveles que sean pertinentes Ella debería ser congruente con otras políticas de ordenación de los recursos hídricos y tenerse debidamente en cuenta en otras políticas sectoriales⁴²

- 23. En cuanto a las estrategias que han de adoptarse respecto de la utilización y protección de las aguas subterráneas, en la Carta se recomienda que:
- l Puesto que debe reconocerse que las aguas subterráneas constituyen un recurso natural con valor económico y ecológico, las estrategias relativas a ellas deberían tener por finalidad el logro de un uso sostenible de las aguas subterráneas y la preservación de su calidad Tales estrategias deberían ser flexibles, de modo que respondicran a las condiciones cambiantes y a las diversas situaciones regionales y locales
- 2 La contaminación de las aguas subterráneas se vincula con la contaminación de otros elementos del medio ambiente (las aguas superficiales, el suelo y la atmósfera) Es preciso incorporar la planificación de la protección de las aguas subterráneas en la planificación de la protección del medio ambiente en general
- 3 Las medidas de protección encaminadas a prevenir la contaminación y la extracción excesiva de aguas subterráneas deberían ser los instrumentos básicos de ordenación de las aguas subterráneas Dichas

medidas de protección abarcan, entre otras cosas, la vigilancia de las aguas subterráneas, la elaboración de mapas de vulnerabilidad de los acuíferos, la reglamentación de los lugares de vertimiento de desechos comunes e industriales en la cual se tengan debidamente en cuenta las condiciones relativas a la protección de las aguas subterráneas, la evaluación geoeconómica de las repercusiones de las actividades industriales y agrícolas respecto de las aguas subterráneas y la delimitación de zonas de protección de las aguas subterráneas

- Otra medida práctica que se recomienda en la Carta para prevenir la contaminación de las aguas subterráneas es que las autoridades oficiales, cuando expidan permisos para reglamentar la descarga, la eliminación y el posible almacenamiento de desechos, tengan especialmente en cuenta la vulnerabilidad del acuífero que puede ser afectado y las providencias que sean necesarias para protegerlo. Tales disposiciones se aplicarían, en particular, a la producción, la manipulación, el comercio, el transporte, el almacenamiento y la utilización de sustancias potencialmente nocivas, especialmente aquellas que sean tóxicas, persistentes y biocumulativas⁴⁴. En cuanto a las plantas nucleares y a la manipulación y el procesamiento de sustancias radiactivas, se recomendó que se aprobaran reglamentaciones concretas en las cuales se incluyeran disposiciones apropiadas para proteger las aguas subterráneas de la contaminación.
- 25. A fin de regular y distribuir los recursos hídricos de manera eficiente y eficaz, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua se recomendó que:

En los estudios se investigue la capacidad potencial de las cuencas de aguas subterráneas, la utilización de los acuíferos como sistemas de almacenamiento y distribución y el uso conjunto de los recursos superficiales y subterráneos para maximizar la eficacia y la eficiencia⁴⁵

26. En relación con la gestión de las situaciones provocadas por las sequías, se recomendó que los países:

Estudien el papel potencial de la integración de las aguas superficiales y subterráneas de las cuencas hidrográficas utilizando las reservas de agua almacenadas en formaciones subterráneas, a fin de mantener un abastecimiento mínimo en situaciones de sequía⁴⁶

- 27. Se recomendó asimismo a los Estados que promovieran la investigación, entre otras cosas, de la recarga artificial de acuíferos y de la contaminación de las aguas subterráneas⁴⁷.
- 28. En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Desertificación, celebrada en Nairobi en septiembre de 1977, se subrayó la necesidad de una «ordenación prudente y eficaz de los recursos hídricos compartidos para su aprovechamiento racional», y de formular y robustecer «actividades regionales relativas a la evaluación de los recursos hídricos superficiales y subterráneos»⁴⁸.
- 29. En la Carta sobre la ordenación de los recursos de aguas subterráneas a que se hizo referencia anteriormente se subraya también especialmente la ordenación de los

⁴⁰ Naciones Unidas, Departamento de cooperación técnica para el desarrollo, Transnational Project on the Major Regional Aquifer in North-East Africa Egypt and the Sudan, Project Findings and Recommendations (DP/UN/RAB-82-013/1), 1988

⁴¹ Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua (véase nota 37 supra), páir 39

⁴² Charter on groundwater management (véase nota 14 supra), pág 1

⁴³ Ibíd

 $^{^{44}}$ Ibíd , pág 7

⁴⁵ Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua (véase nota 37 supra), páir 10, apartado b

⁴⁶ Ibíd, párr 68, apartado n

⁴⁷ Ibíd, párr 82, apartado g

⁴⁸ Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Desertificacion, Nairobi, 29 de agosto a 9 de setiembre de 1977 (A/CONF74/ 36), párr 33

recursos de aguas subterráneas transfronterizas. En ella se recomienda que:

Se desplieguen esfuerzos concertados para fortalecer la cooperación internacional a los fines del aprovechamiento armonioso, la utilización equitativa y la conservación conjunta de los recursos de aguas subterráneas comunes a varios países. A tal efecto, deberían complementarse, cuando sea necesario, los acuerdos u otra clase de arreglos purídicamente obligatorios que ya existan, tanto a nivel bilateral como multilateral, así como concertarse acuerdos o arreglos nuevos, con el objeto de dar una base más firme a los esfuerzos de cooperación entre los países, encaminados a proteger aquellos recursos de aguas subterráneas que puedan verse afectados por los países vecinos en virtud de la explotación o la contaminación. Sería necesario establecer comisiones mixtas u organismos intergubernamentales de otra índole a fin de poner en práctica ese tipo de cooperación. También debería tenerse en cuenta la labor que cumplen otras organizaciones internacionales, especialmente en cuanto a la armonización de datos.

- 30. En la Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente se destacó la necesidad de contar con información fidedigna sobre el estado y la evolución de los recursos hídricos de cada país, es decir sobre la cantidad y la calidad de las aguas superficiales, las aguas de zonas no saturadas y las aguas subterráneas. Se afirmó que dicha información sería necesaria para diversos fines, especialmente para la evaluación de los recursos y su capacidad de satisfacer la demanda actual y previsible; la protección de las personas y los bienes frente a los riesgos relacionados con el agua; la planificación, el diseño y la puesta en funcionamiento de obras hidráulicas⁵⁰.
- 31. En lo tocante a la protección de las aguas subterráneas respecto de la contaminación, en la Conferencia se señaló que:

Durante mucho tiempo se subestimó el alcance y la gravedad de la contaminación de las zonas no saturadas y de los acuíferos, debido a la relativa inaccesibilidad de estos últimos y a la falta de una información fiable sobre los sistemas acuíferos. Una estrategia de protección de las aguas subterráneas debe apuntar a la protección de los acuíferos contra la contaminación, y los esfuerzos de prevención deberán orientarse, antes que nada, a las actividades de uso del suelo y a las fuentes puntuales y no puntuales que presenten un riesgo elevado de contaminación Se debe prestar atención para evitar una explotación de las aguas subterráneas que conduzca al deterioro de la calidad de dichas aguas o al agotamiento de las mismas Para el año 2000 todos los países deberían haber comenzado a efectuar evaluaciones de los acuíferos conocidos y de su vulnerabilidad frente a la contaminación, y se deberían identificar las fuentes potenciales de contaminación del agua subterránea y elaborarse planes para su control Estas actividades deben coincidir con las capacidades, recursos disponibles y necesidades de los países e iniciarse con la ayuda de organismos de apoyo externo, según

32. En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo se examinó también la cuestión de los recursos de agua dulce. Se reconoció la escasez generalizada, la destrucción gradual y la creciente contaminación de los recursos de agua dulce en muchas regiones del mundo, a la vez que la invasión progresiva de actividades incompatibles. Tales factores, según se afirmó en la Conferencia, exigían que se planificaran y ordenaran los recursos hídricos de manera integrada, y que tal integración abarcara todos los tipos de masas interrelacionadas de agua dulce, fueran de aguas superficiales o

subterráneas⁵². En la Conferencia también se instó a los

F.—Movimiento de las aguas subterráneas

- 33. En cuanto al movimiento de las aguas, los expertos han señalado que el agua que en definitiva forma los lagos y las corrientes subterráneas sigue siempre el mismo curso:
- [] parte del agua acumulada en charcas o lagos o que fluye por el cauce de los ríos penetrará en la tierra y se irá infiltrando lentamente hasta alcanzar el nivel freático, que es el nivel natural de las aguas subterráneas libres Esta agua, que no puede seguir infiltrándose a causa de una capa geológica impermeable, tenderá ahora a fluir horizontalmente por el subsuelo hasta alcanzar la superficie terrestre a una altura inferior, donde puede reaparecer como fuente o pozo artesiano, o a fluir por debajo de la superficie hasta desaguar en un lago o incluso en el mar Cuando las aguas subterráneas afloran a la superficie, se forman nuevas corrientes y el agua reanuda su curso por la superficie terrestre hasta el mar⁵⁴
- 34. Una parte de las aguas subterráneas está en constante movimiento, ya que se desplaza desde los niveles superiores hacia los niveles inferiores de la tierra. Como lo han observado los expertos:

El agua no suele permanecer estacionaria en los acuíferos, sino que fluye desde las zonas de alimentación, bien a zonas de descarga natural, como fuentes, pantanos, estanques y lagos, o bien a pozos [] El agua ha llegado a desplazarse a distancias de 500 kilómetros o más en estos estratos subterráneos, aunque las distancias habituales oscilan de 10 a 150 kilómetros⁵⁵

35. A la luz de los hechos que anteceden, uno de los precedentes Relatores Especiales juzgó oportuno resumir la cuestión de las aguas subterráneas, y en especial su contribución a los cursos de agua, de la siguiente manera:

Pese a los problemas que plantea la reunión de datos relativos a las aguas subterráneas en distintas condiciones hidrológicas y geológicas, es indudable que esas aguas constituyen una parte integrante y vital del ciclo ininterrumpido del movimiento por el que se recargan constantemente las disponibilidades de agua dulce. Si, por cualquier causa, cesara el movimiento de las aguas subterráneas, la cantidad de agua en los cursos de agua se reduciría radicalmente. Muchas corrientes superficiales perennes se harían intermitentes, cuando no se secarían por completo. Por consiguiente, la aportación de agua subterránea a los eursos de agua debe tenerse en cuenta al elaborar principios destinados a regir los usos de los cursos de agua. A un nivel elemental, la cantidad de agua subterránea que alimenta un curso de agua internacional tiene

países a que emplearan las aguas subterráneas y superficiales en forma conjunta, y a que en esas actividades incluyeran la vigilancia y la realización de estudios sobre el balance hídrico⁵³.

⁴⁹ Charter on groundwater management (véase nota 14 supra), pág 29

⁵⁰ Informe de la Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente El desarrollo en la perspectiva del siglo xxi, Dublín, 26-31 de enero de 1992 (A/CONF 151/PC/112, Anexo II), párr 3 9

⁵¹ Ibíd, párr 4 12

 $^{^{52}}$ Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo Rio de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992 [A/CONF 151/26/Rev 1 (vol I, vol I/Corr 1, vol II, vol III y vol III/Corr 1)] (publicación de las Naciones Unidas, N $^{\circ}$ de venta S 93 1 8 y rectificativos), vol I, Resoluciones adoptadas por la Conferencia, resolución 1, anexo II (Programa 21), párr 18-3 Véase también párr 18 12, apartado k

⁵³ Ibíd, párr 18 76, apartado c, m)

⁵⁴ M Overman, Water Solutions to a Problem of Supply and Demand, Doubleday, Garden City (N Y), 1969, págs 33 y 34 Véase también Anuario 1979, vol II (primera parte), doc A/CN 4/320, pág 149, párr 12

⁵⁵ J H Hirshleifer, J C DeHaven y J W Milliman, Water Supply, University of Chicago Press, Chicago (Ill), 1960, pág 10 Véase también Anuario 1979, vol II (primera parte), doc A/CN 4/320, pág 151, párr 19

que incluirse al calcular el volumen total de la corriente del curso de agua. Desde el punto de vista de la ordenación de los recursos hídricos es necesario, al elaborar principios relativos al uso del agua, tomar en consideración los efectos de una aportación de agua subterránea a un curso de agua. Es necesario considerar también los efectos de la existencia de reservas disponibles de agua subterránea y de la aportación del agua que fluye en cursos de agua a la cantidad de agua subterránea.

G.—Conclusión

- 36. El examen que antecede ha demostrado la importancia vital que tienen las aguas subterráneas, estén o no confinadas, como fuente de agua dulce, tanto para el consumo humano como para usos industriales y agrícolas. También ha puesto de manifiesto las inquietudes expresadas en diversos foros y las importantes medidas que es necesario adoptar para impedir que ellas se agoten o sufran contaminación. Además, se ha afirmado reiteradamente que la única manera viable de lograr una utilización y conservación óptimas de los recursos hídricos es llevar a cabo la integración de los recursos de aguas superficiales y subterráneas.
- 37. Como se ha podido apreciar, el Relator Especial se ha esforzado por estudiar la cuestión de las aguas subterráneas transfronterizas, sin distinguir entre las aguas subterráneas confinadas y las aguas subterráneas que están vinculadas a aguas de superficie, en tanto alimenten un sistema que fluye a un término común.
- 38. El Relator Especial opina que es importante que el proyecto de normas sobre los usos de los cursos de agua

⁵⁶ Primer informe sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, del Sr. Stephen M. Schwebel, Relator Especial, *Anuario...* 1979, vol. II (primera parte), doc. A/CN.4/320, pág. 151, párr. 21.

internacionales para fines distintos de la navegación incluya disposiciones sobre las aguas subterráneas confinadas, es decir que no están vinculadas a aguas de superficie, a fin de fomentar su ordenación racional e impedir su agotamiento y su contaminación. Tal como se afirma en el comentario del artículo primero del Reglamento sobre aguas subterráneas internacionales aprobado por la Asociación de Derecho Internacional en su sexagésimo segunda Conferencia:

- Es [...] necesario tratar en este reglamento aquellos casos en que un acuífero compartido constituye una masa independiente de recursos hídricos, que no aporta caudal a un «término común» por conducto de un sistema fluvial o que recibe un caudal abundante de agua de cualquier masa de agua superficial existente. Es posible decir que un acuífero compartido, aislado de corrientes o lagos perennes, es una especie de «cuenca de captación» subterránea internacional; los especialistas en hidrogeología tienden a emplear los términos «cuenca de aguas subterráneas», «embalse de aguas subterráneas» y «acuífero» en forma equivalente⁵⁷.
- 39. Aunque la tendencia a nivel internacional es lograr la ordenación de todos los recursos de agua dulce, entre ellos las aguas subterráneas, de manera integrada, el Relator Especial espera que la Comisión esté dispuesta por lo menos a incluir las aguas subterráneas transfronterizas en el ámbito de aplicación de los artículos sobre el tema. Si se excluyen las aguas subterráneas confinadas «no relacionadas» del ámbito de aplicación del presente proyecto de artículos, ello produciría una laguna o vacío en el tema de la ordenación de los recursos hídricos transfronterizos. Además, dicha omisión significaría pasar por alto las tendencias y la evolución del pensamiento en la materia que se manifiestan a nivel internacional.

⁵⁷ ILA, Report of the Sixty-second Conference (véase nota 1 supra), pág. 256.

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR LAS CONSECUENCIAS PERJUDICIALES DE ACTOS NO PROHIBIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL

[Tema 6 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/459

Décimo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, del Sr. Julio Barboza, Relator Especial

[Original español/francés/inglés] [4 de abril de 1994]

ÍNDICE

				Pagina
Note	2			142
			Parrafos	
INTE	ODU	CCION	1-6	143
III	Α	Prevención	1-3	143
III	В	Responsabilidad	4-6	143
Сари	ulo			
I	MEDIDAS DE RESPUESTA		7-22	144
	Α	Una vez más la llamada prevención ex post	7-12	144
	В	Nuevo examen de la práctica internacional	13-18	145
	C	Medidas «de respuesta»	19-21	145
	D	Texto propuesto	22	146
П	Responsabilidad del Estado		23-41	146
	Α	Responsabilidad en general	23	146
	В	Relación entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad civil	24-30	146
		1 Comentarios explicativos	24-29	146
		2 Texto propuesto (Alternativas A y B)	30	148
	C	Responsabilidad del Estado por hecho ilícito	31-41	149
		1 Comentarios explicativos	31-40	149
		2 Texto propuesto	41	150
Ш	RESPONSABILIDAD CIVIL 42 83		42 83	150
	Α	Responsabilidad objetiva	42	150
	В	Características generales del sistema	43 45	151
	\mathbf{C}	Los responsables la llamada «canalizacion» de la responsabilidad	46-57	151
		1 Comentarios explicativos	46-54	151
		2 Textos propuestos	55 57	152
	D	Obligación de tomar seguro	58 61	153
		1 Comentarios explicativos	58-60	153
		2 Textos propuestos	61	153

Capiti	ulo		Párrafos	Págin
	E.	Tribunal competente	62-64	154
		1. Comentarios explicativos	62-63	154
		2. Texto propuesto	64	154
	F.	Aplicación de la ley nacional sin discriminación	65-67	154
		1. Comentarios explicativos	65-66	154
		2. Textos propuestos	67	155
	G.	Causalidad	68-70	155
		1. Comentarios explicativos	68-69	155
		2. Texto propuesto	70	155
	H.	Ejecutoriedad de la sentencia	71-76	156
		Comentarios explicativos	71-75	156
		2. Texpto propuesto	76	156
	I.	Excepciones a la responsabilidad	77-83	157
		1. Comentarios explicativos	77-82	157
		2. Texto propuesto	83	158
IV.	Dispe	dición común a la responsabilidad del Estado y a la responsabilidad civil	84-88	158
	A.	Comentarios explicativos	84-87	158
	В.	Texto propuesto	88	159
V.	VÍAS DE PROCEDIMIENTO		89-109	159
	A.	A. Introducción		159
	В.	B. Examen de las vías de procedimiento		160
		Estado damnificado contra Estado de origen	91-100	160
		2. Particulares damnificados contra Estado de origen	101-104	161
		3. Estado damnificado contra particulares	105-108	161
		4. Particulares damnificados contra particulares responsables	109	162

NOTA

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

Fuente

Convenio sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras (Romas, 7 de octubre de 1952)

Convenio acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear (París, 29 de julio de 1960) y Protocolo adicional (París, 28 de enero de 1964)

Convención sobre la responsabilidad de los explotadores de buques nucleares (Bruselas, 25 de mayo de 1962)

Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares (Viena, 21 de mayo de 1963)

Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas, 27 de setiembre de 1968)

Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales (Londres, Moscú, Washington, 29 de marzo de 1972)

Convenio sobre la responsabilidad civil por los daños de contaminación por hidrocarburos resultantes de la exploración y explotación de recursos minerales de los fondos marinos (Londres, 1.º de mayo de 1977) Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 310, pág. 212.

Ibíd., vol. 956, pág. 288.

Ibíd., pág. 325.

OIEA, Convenciones internacionales sobre responsabilidad civil por daños nucelares, *Legal Series N.* 4, *Rev. 1976 Edition*, Viena 1976, pág. 236.

Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 1063, pág. 299.

Journal officiel des Communautés européennes N.° L 299, de 31 de diciembre de 1972, y N.° L 304, de 30 de octubre de 1978.

Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 961, pág. 212.

PNUMA, Recueil des traités multilatéraux relatifs à la protection de l'environnement, Serie referencias 3, Nairobi, 1982, pág. 491.

Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982)

Convención para reglamentar las actividades sobre los recursos minerales antárticos [RAMRA] (Wellington, 2 de junio de 1988)

Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en material civil y mercantil (Lugano, 16 de setiembre de 1988)

Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación (Basilea, 22 de marzo de 1989)

Convención sobre la responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercaderías peligrosas por carretera, ferrocarril y buques fluviales [CRTD] (Ginebra, 10 de octubre de 1989)

Convención sobre la evaluación de los efectos en el medio ambiente en un contexto transfronterizo (Espoo, 25 de febrero de 1991)

Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales (Helsinki, 17 de marzo de 1992)

Convención sobre responsabilidad civil por daños causados por actividades peligrosas para el medio ambiente (Lugano, 21 de junio de 1993) Documentos Oficiales de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, vol. XVII (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.84.V.3), pág. 155, documento A/CONF.62/122.

Fuente

Revue générale de droit international public, París, t. 93, 1989, N.º 1, pág. 182 e International Legal Materials, Washington (D.C), 1988, vol. XXVII, pág. 868.

Journal officiel des Communautés européennes N.° L 319, de 25 de noviembre de 1988.

PNUMA, Selected Multilateral Treaties in the Field of the Environment, Cambridge, Reino Unido, 1991, vol. 2, pág. 449. PNUMA, documento UNEP/IG80/3.

Publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: E.90.II.E.39.

Doc. E/ECE/1250, 1991.

International Legal Materials, Washington (D.C), vol. 31, N.° 6, noviembre de 1992, pág. 1335.

Consejo de Europa, Série des Traités européens, N.º 150.

Introducción

A.—Prevención

- 1. En el debate realizado en el 45.º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional hubo una doble observación respecto al tratamiento de la prevención en el noveno informe¹. Por una parte, se dijo que no se ofrecía una visión general de la obligación de prevenir, para lo que se hubieran requerido dos extremos:
 - a) la enunciación de algunos principios,
- [...] comenzando por la obligación de prevención vinculada a la responsabilidad como consecuencia de los riesgos de las actividades previstas. Eso significaría combinar en csa parte del proyecto el párrafo 1 del artículo 3 y los artículos 6 y 8, incluyendo las disposiciones de los apartados a y b del artículo 2, ya remitidos al Comité de Redacción²
- b) la declaración explícita de otro principio general básico,
- el de que si el Estado en cuyo territorio se realizara la actividad de riesgo no cumplía con sus obligaciones de prevención incurriría en responsabilidad por no haberlo hecho³.
- 2. En lo que se refiere a la observación contenida en el apartado a, entiende el Relator Especial que es digna de

ser retenida por el Comité de Redacción cuando examine las disposiciones mencionadas: el material existe y la observación no señaló que faltara nada de importancia. En cuanto a la opinión recogida en el apartado b, el Relator Especial se ocupará de ella en el capítulo II del presente informe, al tratar el tema de la responsabilidad del Estado, puesto que tal responsabilidad es la que se origina por el incumplimiento de las obligaciones de prevención.

3. Quedó pendiente una cuestión relativa a lo que se dio en llamar la prevención *ex post*, que se examina en el capítulo I de este informe.

B.—Responsabilidad

- 4. Como se recordará, la Comisión adoptó en su 44.° período de sesiones⁴ ciertas decisiones sobre el alcance del tema. Luego de expresar que «en la presente etapa la atención debía centrarse en redactar artículos con respecto a las actividades que presentaban un riesgo de causar un daño transfronterizo», la CDI continuó diciendo que:
- [...] los artículos debían tratar primero de las medidas preventivas respecto de las actividades que crearan un riesgo de causar daño transfronterizo y después las medidas de reparación cuando esas actividades hubieran causado un daño transfronterizo. Una vez que la

¹ Anuario... 1993, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/450.

² Ibíd., vol. II (segunda parte), párr. 130.

³ Ibíd., párr. 131.

⁴ Anuario... 1992, vol. I, 2282. sesión.

Comisión hubiera terminado el examen de los artículos propuestos sobre estos dos aspectos de las actividades que presentaran un riesgo de causar un daño transfronterizo decidiría sobre la siguiente etapa de los trabajos⁵.

5. Una vez completado el tema de la prevención con las medidas de respuesta que se proponen en el capítulo I, y que como quiera que se las llame no serían —según se intenta demostrar— en ningún caso medidas de reparación del daño transfronterizo, correspondería considerar las dos formas de responsabilidad que se originarían en

los artículos del proyecto en examen: una, la responsabilidad del Estado por violación de las obligaciones de prevención, que es una responsabilidad por hecho ilícito, y otra, la responsabilidad objetiva propia —en principio—del explotador privado.

6. Luego deberán examinarse la relación entre ambos tipos de responsabilidad así como las disposiciones comunes a ambas y, por último, el informe considerará el asunto de las vías procesales disponibles para hacer efectiva la responsabilidad, sin proponer todavía artículos, para explorar la disposición de los colegas respecto a las grandes líneas posibles.

Capítulo I

Medidas de respuesta

A.—Una vez más la llamada prevención ex post

- 7. En el debate realizado en el 45.º período de sesiones de la CDI, varios miembros de la Comisión insistieron en pronunciarse en contra de la idea de incluir dentro del capítulo sobre la prevención propiamente dicha lo que se dio en llamar la prevención ex post, o sea la que se refiere a medidas que deben adoptarse después de producido un incidente, para reducir o controlar sus efectos y así evitar la producción de un daño mayor, o incluso evitar completamente, como veremos, la producción de un daño transfronterizo que se hubiera producido de no adoptarse tales medidas. El Comité de Redacción se plegó a esa corriente y de ahí el texto propuesto para el artículo 14, que sólo contempla la prevención ex ante, o sea las medidas destinadas a impedir los incidentes.
- 8. El Relator Especial considera que, si bien podemos llamar prevención sólo a la anterior al incidente, lo que hemos identificado como prevención *ex post* no es sin embargo, todavía, rcparación y no puede ser incluida en el capítulo consagrado a la reparación so pena de cometer un error metodológico.
- 9. El análisis muestra que un incidente de los que se ocupa nuestro tema en realidad está al principio de una cadena de causas y efectos, al final de la cual está el daño. El incidente produce ciertos efectos en el mundo de la naturaleza que son a su vez causa de otros nuevos efectos: todos ellos pertenecen al reino de la causalidad natural. Pero en algún eslabón de esa cadena causal ciertos efectos tienen consecuencias jurídicas: son daños que deben ser reparados. El daño es un concepto jurídico aunque se refiera a datos de la realidad.

- 10. Para ilustrar lo anterior: un incidente producido en una actividad industrial produce contaminación en las aguas de un río internacional. La contaminación todavía no es el daño transfronterizo. La cadena causal: actividadcontaminación es aún manejable de manera que se puede evitar el daño transfronterizo si la contaminación no ha llegado a la frontera, o reducirlo o controlarlo, si se actúa sobre ella dentro del territorio nacional. Esa acción es preventiva, porque tiende a impedir la producción total o parcial del daño, que aún no ha ocurrido aunque haya tenido lugar el incidente. Así entonces, medidas que incluso podrían considerarse de rehabilitación en el Estado de origen pueden tener carácter preventivo en relación con el daño transfronterizo, ya que evitan su producción o reducen su magnitud. Y lo que interesa a nuestro tema es el daño transfronterizo.
- 11. Parece claro, entonces, que el concepto de prevención es aplicable en rigor tanto a la actividad tendente a evitar los incidentes que pueden producir daños transfronterizos como a la que intenta limitar los efectos dañosos desencadenados por el incidente. Si bien se mira, la prevención de incidentes que configura la prevención ex ante es sólo un capítulo de la prevención en general, que incluiría la prevención ex post puesto que cuantos menos incidentes se produzcan menos daño se causará. De ahí que no sea posible, metodológicamente, incluir en el capítulo sobre la reparación las acciones ex post cuya finalidad es prevenir el daño.
- 12. Por su parte, los instrumentos internacionales que tratan de este tipo de medidas las llaman en todos los casos preventivas, y aquellos que solamente se ocupan de la *responsabilidad* las consideran en relación con la *indemnización* que debe pagarse por los gastos incurridos por quien debió adoptarlas.

⁵ Ibíd., vol. II (segunda parte), párr. 346.

B.—Nuevo examen de la práctica internacional

13. Haciendo un rápido repaso de tales instrumentos, comprobamos que la Convención sobre responsabilidad civil por daños causados por actividades peligrosas para el medio ambiente, adoptada en Lugano por el Consejo de Europa (en adelante Convención de Lugano), dice en su artículo 2, párrafo 9:

«Medidas preventivas»* significa toda medida razonable adoptada por cualquier persona después de ocurrido un incidente* para prevenir o minimizar las pérdidas o el daño a que se refiere el párrafo 7, apartados a a c de este artículo.

Los apartados citados se refieren a los tres puntos en que se divide el concepto de «daño» en dicha Convención. Justamente, el apartado d del mismo artículo incluye dentro del concepto de «daño» sujeto a indemnización «el costo de las medidas preventivas» y estos gastos no pueden ser sino los incurridos después del incidente porque a ellos alude el párrafo 9 citado.

14. En el proyecto de reformas al Convenio acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear (en adelante Convenio de París) y a la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares (en adelante Convención de Viena), proyecto preparado por el Comité de Redacción del Comité Permanente del OIEA sobre responsabilidad por daños nucleares, identificado como apéndice II.A, se propone como agregado al artículo I, párrafo 1, el siguiente apartado *m*:

Por «medidas preventivas» se entenderá toda medida razonable adoptada por cualquier persona después de ocurrido un incidente nuclear a fin de evitar o minimizar los daños a que se hace referencia en los incisos i) a iv) del apartado *k supra*.

Por otra parte, el proyecto agrega en el apartado k del artículo I, párrafo 1, un inciso v que incluye, dentro del significado de «daños nucleares», «los costos de las medidas preventivas» definidas en el proyectado apartado m. Y en el proyecto identificado como apéndice II.B (proyecto de «mancomunidad»), el artículo 3 contiene un párrafo 2, entre corchetes, que dice:

[Los daños a que se hace referencia en el párrafo 1 supra comprenden los costos de las medidas preventivas, dondequiera que se hayan tomado, para evitar o minimizar esos daños y las pérdidas o daños ulteriores causados por esas medidas.]

15. El Convenio sobre la responsabilidad civil por los daños de contaminación por hidrocarburos resultantes de la exploración y explotación de recursos minerales de los fondos marinos, en su artículo 1, párrafo 6, dice:

«Daño por contaminación» significa toda pérdida o daño fuera de la instalación causado por una contaminación resultante del escape o descarga de petróleo de la instalación e incluye el costo de las medidas preventivas [...]

y el párrafo 7 precisa:

«Medidas preventivas» significa toda medida razonable adoptada por cualquier persona en relación con *un incidente determinado** para prevenir o limitar el daño por contaminación [...]

16. Idéntica formulación utiliza la Convención sobre la responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercaderías peligrosas por carretera, ferrocarril y buques fluviales (CRTD), la que en el párrafo 10 del artículo 1 define las distintas formas del daño, incluyendo

entre ellas el costo de las medidas preventivas (párr. 10 d) que son definidas en el párrafo 11 exactamente como en los instrumentos mencionados antes:

[...] toda medida razonable adoptada por cualquier persona después de producido un incidente* para evitar o minimizar el daño.

- 17. Los instrumentos que tratan principalmente de la prevención de daños transfronterizos también incluyen no sólo la prevención de incidentes sino la del daño y suelen emplear términos como «prevenir, reducir y controlar» para aludir a la prevención en sentido amplio. La Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar los emplea todo a lo largo de la Parte XII sobre protección y preservación del medio marino, con tanta repetición que resultaría sobreabundante citar los textos correspondientes. Es claro que tales términos intentan describir lo mismo que las «medidas preventivas» a que se refieren los instrumentos sobre responsabilidad anteriormente citados, y no contemplan en absoluto la responsabilidad, tema que es tratado en la Convención sobre el derecho del mar en artículo separado (art. 235).
- 18. La Convención sobre la evaluación de los efectos en el medio ambiente en un contexto transfronterizo que, como vimos en el noveno informe, se ocupa sólo de la prevención y no de la responsabilidad⁶, habla de la obligación de las partes de tomar las medidas apropiadas y efectivas para «prevenir, reducir y controlar» los efectos ambientales de las actividades propuestas que sean adversos y significativos. Por último, la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales, no obstante tener por principal objetivo la prevención de accidentes industriales, nos da una idea de la relatividad del concepto de prevención al decir, en su artículo 3, párrafo 1, lo siguiente en relación con el objeto de la Convención:

[...] proteger a los seres humanos y al medio ambiente contra accidentes industriales *previniéndolos en lo posible**, reduciendo su frecuencia y gravedad y *mitigando sus efectos**. Para ese fin se aplicarán *medidas preventivas**, de preparación y de respuesta, incluyendo las de restauración.

C.—Medidas «de respuesta»

19. La expresión «medidas... de respuesta» (response measures) del último párrafo del artículo que acabamos de citar es utilizada en otras convenciones, particularmente en la Convención para la reglamentación de las actividades sobre los recursos minerales antárticos (RAMRA), que en su artículo 8, párrafo 1, dice así:

Un operador que lleve a cabo cualquier actividad sobre recursos minerales antárticos llevará a cabo las acciones de respuesta necesarias y oportunas, incluyendo prevención, contención, limpieza y remoción, si la actividad causa o amenaza con causar daño al medio ambiente antártico o ecosistemas dependientes o asociados.

Es claro que «prevención» se usa aquí como «prevención ex post», pero cierto tipo de medidas que no son preventivas ex post son consideradas medidas de respuesta, como la limpieza y remoción que no tengan por objeto limitar o minimizar el daño transfronterizo.

⁶ Doc. A/CN.4/450 (nota 1 *supra*), párrs. 2 y 22 a 24.

- 20. Si para referirnos a estas medidas ex post nos proponemos continuar empleando un término que difiere del utilizado en todas los instrumentos multilaterales sobre la materia (medidas de prevención) y al mismo tiempo aceptamos que tales medidas no pertenecen al campo de la reparación, menester es encontrarles una denominación diferente. Una posibilidad es utilizar la expresión medidas de respuesta, que debe definirse en el artículo 2 del proyecto (Términos empleados)⁷, para aplicarla solamente a lo que hemos llamado prevención ex post y limitar su ámbito a aquellas medidas de respuesta adoptadas como consecuencia de un incidente, con la finalidad de limitar o minimizar los efectos perjudiciales y el consiguiente daño transfronterizo. Ya dimos algunos ejemplos, pero cabría agregar que las medidas de respuesta incluyen algunas que serían estrictamente preventivas, como el talado y limpieza de una franja de un bosque para evitar la propagación de un incendio a un país vecino y otras que podrían ser de restauración para el Estado de origen y de prevención respecto al Estado afectado, por ejemplo cuando se restablecen en un río internacional las condiciones prevalecientes con anterioridad a un incidente y con ello se evita que la corriente continúe llevando al país vecino los restos de la contaminación producida. Bastaría aclarar que este concepto abarca las acciones destinadas a limitar o minimizar el daño transfronterizo una vez producido el incidente.
- 21. Tales medidas pueden ser adoptadas por el Estado mismo, en ciertas circunstancias, o por particulares. El Estado empleará en ciertos casos, si es necesario, a los

bomberos o al ejército para circunscribir las consecuencias de un incidente que amenacen propagarse a un Estado vecino, como podría ser un incendio de bosques producido por un accidente industrial o la contaminación masiva de un río producida también por accidente durante el desarrollo de una actividad encuadrada en el artículo 1 (Ambito de aplicación de los presentes artículos)⁸. Pero puede suceder que el Estado afectado tome idénticas medidas en su propio territorio y consiga así evitar males mayores, o que personas particulares, en uno u otro Estado, sean las que por propia iniciativa las adopten. En esos casos, quien resulte finalmente responsable y deba pagar las correspondientes indemnizaciones deberá también hacerse cargo de los costos de tales medidas, que llamaríamos «de respuesta», siempre que hubiese sido razonable adoptarlas.

D.—Texto propuesto

22. A la luz de las consideraciones precedentes, el Relator Especial propone agregar al artículo 2, dos nuevos apartados, cuyo texto sería el siguiente:

«Se entiende por "medidas de respuesta" aquellas medidas razonables adoptadas por cualquier persona en relación con un incidente particular para prevenir o minimizar el daño transfronterizo.

»El daño a que se refiere el párrafo [...] incluye el costo de las medidas de respuesta dondequiera que se hubieren tomado así como los nuevos daños que tales medidas hubieran podido ocasionar.»

CAPÍTULO II

Responsabilidad del Estado

A.—Responsabilidad en general

23. Con lo anterior quedaría terminado el capítulo sobre la prevención considerada en sus dos aspectos, como prevención de incidentes y como medidas de respuesta de naturaleza preventiva una vez que el incidente se ha producido, para minimizar o prevenir el daño provocado por éste. El contenido de la responsabilidad misma tomará forma cuando se complete el concepto de daño en los artículos. En el terreno del daño al medio ambiente, que es el más novedoso y fluido de los rubros del daño, podrán existir otras «medidas de reparación» (esta denominación transmite con fidelidad la idea de que puede haber otras medidas de reparación diferentes de la indemnización en dinero, como podrían ser ciertas medidas de restauración del medio ambiente), que se están estudiando en estos

momentos en diferentes foros. Pero, por el momento, los capítulos referentes a la responsabilidad simplemente tratan de su atribución, *cualquiera que sea su contenido*, cuando hay incumplimiento de las obligaciones de prevención (objeto del presente capítulo) y cuando ocurren incidentes causados por una actividad de las contempladas en el artículo 1 (materia del capítulo III).

B.—Relación entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad civil

1. Comentarios explicativos

24. Para estar en condiciones de establecer la responsabilidad propia del Estado debemos comenzar por advertir que la responsabilidad del Estado por hecho ilícito (violación de las obligaciones de prevención) coexiste en los artículos del proyecto en examen con una responsabilidad civil a cargo de una persona o personas privadas (indem-

⁷ Para el texto de los proyectos de artículos presentados por el Relator Especial en el 40 ° período de sesiones de la CDI, véase *Anuario* 1988, vol II (segunda parte), pág 11

⁸ Ibíd

⁹ Es la expresión utilizada por la CDI cuando resolvió (véase nota 4 supra) sobre los pasos a seguir en el desarrollo del tema [véase Anuario 1992, vol II (segunda parte), párr 345]

nización por daño transfronterizo), que sería objetiva y que no exigiría por ende el incumplimiento de una obligación para tener efecto.

- 25. Hay otros instrumentos multilaterales donde concurren también ambas responsabilidades, pero es menester distinguir dos casos muy diferentes de responsabilidad del Estado:
- a) No hay responsabilidad del Estado por hecho ilícito. En general, los instrumentos que tratan de la responsabilidad por daños causados por actividades peligrosas no incluyen obligaciones de prevención del tipo de las de los artículos del proyecto en examen y por lo tanto el Estado, o no tiene responsabilidad alguna, como sucede en la Convención de Lugano, o tiene una responsabilidad objetiva y excluyente, como en el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, o bien responde en forma subsidiaria a la responsabilidad del particular por el pago de las indemnizaciones por accidentes derivados de las actividades de que se trate. Tal sucede en el Convenio de París y en la Convención de Viena sobre daños nucleares, en los que al parecer del Relator Especial la responsabilidad del Estado, al par que subsidiaria, es también objetiva;
- b) Hay responsabilidad del Estado por hecho ilícito. Los instrumentos respectivos ponen ciertas obligaciones a cargo del Estado y la responsabilidad es subsidiaria de la responsabilidad civil (objetiva) del explotador privado, pero sólo si existe una causalidad indirecta entre el incumplimiento de la obligación del Estado y la producción del daño.

26. Veamos lo anterior con más detenimiento:

- a) No hay responsabilidad del Estado por hecho ilícito. Muchos instrumentos sobre responsabilidad civil por actividades peligrosas se diferencian del proyecto en estudio en que no se incluyen obligaciones de prevención a cargo del Estado. No surge por ende su responsabilidad por incumplimiento. Tampoco existe en ellas la responsabilidad del Estado subsidiaria de la del explotador por el pago de indemnizaciones en ciertas circunstancias: el Estado no está en cuestión. Tal es el caso de la Convención de Lugano;
- b) Hay responsabilidad exclusiva del Estado, tanto objetiva como por hecho ilícito. Tal es el caso del Convenio sobre daños causados por objetos espaciales. Aquí coexisten una responsabilidad por hecho ilícito con una responsabilidad objetiva, pero ambas son del Estado de lanzamiento, cuya conducta será sometida a uno u otro régimen según dónde se produzca el daño: si éste se produce en la superficie de la Tierra o en una aeronave en vuelo, la responsabilidad será «absoluta» 10, y si se produce en un objeto espacial de otro Estado de lanzamiento, la responsabilidad será por culpa (véanse los artículos II, III y IV de la Convención);
- c) Hay responsabilidad objetiva del Estado pero subsidiaria de la responsabilidad civil, también objetiva, del explotador por el pago de indemnizaciones por incidentes

derivados de la actividad peligrosa. No hay en este caso responsabilidad por hecho ilícito del Estado. La Convención de París, la Convención de Viena y la Convención sobre la responsabilidad de los explotadores de buques nucleares, que tampoco asignan al Estado obligaciones de prevención, le imponen en cambio en ciertos casos una responsabilidad subsidiaria de la del explotador en cuanto al pago de indemnizaciones por incidentes nucleares. La responsabilidad primaria recae en el explotador privado, pero el Estado debe responder por la parte de la indemnización que no alcance a cubrir el seguro del explotador. Pensamos que esta responsabilidad del Estado es objetiva, puesto que las sumas por las que él es responsable se originan en una responsabilidad también objetiva del explotador que no ha sido satisfecha: el Estado no tiene ninguna defensa especial, simplemente se encuentra en la situación del responsable directo, pero en forma subsidiaria;

- d) Hay responsabilidad por hecho ilícito del Estado pero subsidiaria de la responsabilidad civil del explotador por los daños causados por la actividad peligrosa. En la Convención para reglamentar las actividades sobre los recursos minerales antárticos, el párrafo 2 del artículo 8 determina ciertos tipos de daños por los cuales la responsabilidad del operador es objetiva. El apartado α del párrafo 3, sin embargo, contiene la siguiente disposición:
- a) El daño a que se refiere el párrafo 2 precedente que no hubiera ocurrido o persistido si el Estado patrocinante hubiese dado cumplimiento a sus obligaciones con arreglo a esta Convención respecto de su operador, acarreará, de acuerdo con el derecho internacional, responsabilidad de tal Estado patrocinante. Dicha responsabilidad estará limitada a la responsabilidad no satisfecha por el operador ni de otra manera.

Esta responsabilidad se fundamenta en un «vínculo sustancial y genuino» entre el operador y su Estado patrocinante, como dice el párrafo 12 del artículo 1, vínculo que está descrito en los párrafos 11 y 12 de dicho artículo. Además, las obligaciones del Estado patrocinante lo son hacia su operador. En el proyecto de protocolo relativo al Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación¹¹ también coexisten una responsabilidad objetiva del particular responsable o del Fondo internacional por el pago de las indemnizaciones y una responsabilidad por hecho ilícito del Estado, aunque las obligaciones del Estado no sean necesariamente vis-à-vis su operador, sino obligaciones generales. Se requieren dos condiciones para que surja la responsabilidad subsidiaria del Estado: primera, que haya habido incumplimiento por el Estado de una obligación a su cargo, de tal modo que de no haberse incumplido la obligación el daño no se hubiera producido (causalidad indirecta)¹², y segunda, que el

¹⁰ La expresión «responsabilidad absoluta» es una traducción literal del inglé; en español no es usual. Se refiere a una responsabilidad objetiva muy severa, con muy pocas o ninguna excepción.

¹¹ UNEP/CHW.1/WG.1/1/5, anexo.

¹² En el párrafo 5 de la nota de la Secretaría (UNEP/CHW.1/WG.1/1/3), puede leerse:

[«]Teniendo en cuenta que tanto los objetivos como las obligaciones del Convenio de Basilea están dirigidos a los Estados Partes que ejercen un control decisivo sobre todos los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, se propone que se considere que los Estados incurren en responsabilidad por daños sólo cuando esos daños tienen una relación causal con el incumplimiento por el Estado de sus obligaciones en virtud del Convenio de Basilea. En consecuencia, a diferencia del sistema de responsabilidad civil propuesto, la responsabilidad del Estado debería basarse en el incumplimiento y no en la responsabilidad estricta.»

explotador o su seguro (o el sistema del Fondo de Compensaciones, si existe) no hubieran cubierto el total de la indemnización.

27. La manera de considerar la responsabilidad del Estado en el apartado a del párrafo 26 precedente no es aplicable al proyecto en estudio, pues éste incluye obligaciones de prevención. La contemplada en el apartado b, que pone toda la responsabilidad a cargo del Estado, sólo se justifica en instrumentos del tipo del Convenio sobre daños causados por objetos espaciales, que hace recaer sobre los Estados de lanzamiento la responsabilidad absoluta por las consecuencias de tales actividades. La contemplada en el apartado c, es decir la que atribuye la responsabilidad objetiva pero subsidiaria al Estado, es coherente con el tipo de responsabilidad que requieren las actividades de riesgo y puede ser necesaria cuando el daño transfronterizo puede adquirir dimensiones catastróficas, de manera que los seguros no alcancen a cubrir las enormes indemnizaciones requeridas. Pero quizás encontraría resistencia entre quienes se rehúsan a asignarle al Estado un tipo de responsabilidad que en su opinión no está bien establecida en el derecho internacional. Cabrían también otras posibilidades de responsabilidad subsidiaria: en el proceso de modificación de los instrumentos de Viena y de París sobre daños nucleares, actualmente a cargo de un Comité Permanente¹³, se arbitran soluciones que parecen interesantes, como la intervención, en ciertos niveles, de un consorcio de todos los Estados miembros o de un consorcio de todos los responsables privados de todos los Estados miembros. Esta forma de socialización de los daños está de acuerdo con la filosofía básica subyacente en todas las actividades que son peligrosas, pero que se permiten porque son útiles a la sociedad (nacional o internacional, según sea el caso) una vez hecho el balance de sus ventajas e inconvenientes. Nadie, ni siguiera el explotador, debería cargar con los costos que significan los daños causados por accidentes inherentes a la actividad, sino toda la sociedad que con ella se beneficia. Encauzar la responsabilidad hacia el explotador tiene la ventaja, reconocida por autores que se han ocupado de estos temas, de que éste es el que se encuentra en mejor posición para descargar, a través del precio de sus productos o servicios, el costo del riesgo creado.

28. En cuanto a la manera de considerar la responsabilidad del Estado contemplada en el apartado d del párrafo 26 precedente, que introduce la responsabilidad subsidiaria por hecho ilícito del Estado, cabe preguntarse si esta clase de responsabilidad destinada a completar las sumas requeridas para una reparación integral del daño no traiciona en cierta medida sus mismos propósitos, esto es la creación de un régimen amplio que impida que las víctimas inocentes queden sin protección. En efecto, la responsabilidad por hecho ilícito requiere, como vimos, cier-

tas pruebas que los damnificados no pueden conseguir fácilmente. Esa fue precisamente la razón por la cual en el derecho interno y más recientemente en la práctica internacional se ha buscado más bien la reparación a cargo del particular responsable o de su seguro. Si lo que se busca es facilitar a la víctima el logro de la reparación, ¿por qué interponer el obstáculo del *onus probandi* a su cargo?¹⁴.

Ninguna de las maneras de considerar la responsabilidad examinadas en los párrafos precedentes parece, entonces, adecuarse enteramente a los objetivos perseguidos en el proyecto, aunque la expuesta en el apartado d podría ser tomada en cuenta. Lo más simple, sin embargo, sería no asignar ninguna forma de responsabilidad objetiva al Estado y separar en la forma más tajante posible su responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones propias (responsabilidad por hecho ilícito) de la responsabilidad objetiva por los daños que causen los incidentes derivados del riesgo de la actividad de que se trate. Esta recaería en todos los casos en el particular responsable y eventualmente, si se aceptan las ideas expresadas, sobre un conjunto de responsables¹⁵. Tal sistema presentaría la ventaja de simplificar la relación entre la responsabilidad del Estado y la de los particulares y tal vez hacer el proyecto más aceptable para los Estados. También se simplificarían los aspectos procesales, como veremos en el capítulo V, puesto que sólo los tribunales de derecho interno serían competentes y no habría cuestiones tan espinosas como la comparecencia del Estado ante los tribunales frente a un particular, especialmente si debe hacerlo ante los tribunales de otro Estado.

2. Texto propuesto (Alternativas A y B)

30. Por ello, el Relator Especial somete a la Comisión la alternativa entre uno y otro sistema en la formulación del artículo 21 que se propone a continuación:

«Artículo 21.—Responsabilidad subsidiaria del Estado por incumplimiento de una obligación

»Alternativa A:

»La responsabilidad del Estado de origen quedará comprometida por un daño que no se hubiera produ-

⁽Continuación de la nota 12.)

Y en el punto 7 del mismo documento se propone complementar el artículo 9 sobre responsabilidad de los Estados de la siguiente manera:

[«]a) Los daños que no habrían ocurrido si el Estado exportador hubiera cumplido sus obligaciones dimanantes del Convenio con respecto al movimientio transfronterizo y la eliminación de los desechos peligrosos entrañarán la responsabilidad del Estado exportador. Esa responsabilidad se limitará a la porción del daño por la que no se haya obtenido reparación en virtud del régimen de responsabilidad civil o de las disposiciones del protocolo relativas al fondo.»

¹³ Véase párrafo 14 supra.

¹⁴ Hay conceptos interrelacionados que merecerían acaso ser considerados en un próximo informe del Relator Especial: la creación de un fondo de compensaciones que podría agrupar también a un consorcio de responsables privados. Es difícil hacer funcionar ese tipo de instituciones en un sistema global, que abarque todas las actividades peligrosas, y acaso la tentativa resulte fútil. Podría contemplarse la creación de un órgano permanente para promover la adopción de protocolos y vigilar el funcionamiento de los artículos. La Convención de Lugano prevé un Comité Permanente, que está encargado de examinar cuestiones generales de interpretación o aplicación de ese instrumento y proponer enmiendas a la Convención, comprendidos los anexos. Es la actual tendencia en los convenios sobre protección ambiental y aunque nuestro proyecto no se ocupa exlusivamente de esa protección, el concepto de responsabilidad por daño al medio ambiente fue bien acogido por la Comisión y por la Asamblea General y nos coloca, lo queramos o no, en pleno campo de la protección ambiental.

¹⁵ Véase especialmente el párrafo 4 del comentario del artículo 23 adoptado por la Comisión en su 30.º período de sesiones [*Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 81].

cido si aquél hubiese cumplido con sus obligaciones de prevención respecto a las actividades del artículo 1. Esa responsabilidad se limitará a la parte de la indemnización que no alcanzare a ser satisfecha por aplicación de las provisiones sobre responsabilidad civil establecidas en los presentes artículos.

»Alternativa B:

»El Estado de origen no será responsable en ningún caso por las indemnizaciones correspondientes a daños causados por incidentes derivados de las actividades del artículo 1.»

C.—Responsabilidad del Estado por hecho ilícito

1. COMENTARIOS EXPLICATIVOS

- 31. Establecidas que fueron en el noveno informe¹⁶ las obligaciones de prevención a cargo del Estado, corresponde examinar ahora las consecuencias que tendría su incumplimiento. Normalmente, serían las que a su respecto dispone la segunda parte del proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados, aprobadas provisionalmente en el último debate: cesación del comportamiento ilícito, restitución en especie o indemnización equivalente, satisfacción, seguridades y garantías de no repetición¹⁷.
- 32. Conviene recordar que en los artículos del proyecto las relaciones que surgen con motivo del incumplimiento de las obligaciones de prevención son de Estado a Estado. Aquí no intervienen individuos, estamos situados en el plano internacional. Separemos conceptualmente en forma tajante esta responsabilidad de la que surge de un incidente producido en el curso de una actividad del artículo 1 que ha ocasionado un daño transfronterizo y que será materia de la responsabilidad civil, o sea de la responsabilidad de una persona particular.
- 33. En primer término, el Estado de origen estará obligado a hacer que cese el comportamiento que configure un hecho ilícito de carácter continuo. Ese hecho continuo estará constituido normalmente por la omisión del Estado en adoptar las medidas que le impone el proyecto¹⁸ y la exigencia de su cesación sería coherente con una opinión vertida en el debate en el sentido de que una actividad peligrosa llevada adelante sin que se adopten las precauciones del caso cesa de ser una actividad lícita para el derecho internacional. Se entiende que el hecho ilícito de

que se trate deberá estar debidamente comprobado y que por lo tanto no puede configurar un veto del Estado afectado a una actividad lícita del Estado de origen.

- 34. El Estado lesionado por el incumplimiento podrá pedir la reparación en todas las formas que correspondan y de la manera prevista en los actuales artículos 7, 8, 10 y 10 bis de la segunda parte del proyecto sobre responsabilidad de los Estados¹⁹. Pero además, el Estado lesionado dispondrá de los recursos previstos en el caso de incumplimiento de una obligación, esto es el derecho a tomar las contramedidas que pudieren corresponder, respetando las condiciones generales a que están sujetas para que sean lícitas de conformidad con el derecho internacional.
- 35. Recordemos que las obligaciones de prevención que el proyecto impone a los Estados en el capítulo correspondiente no son obligaciones de resultado: no se está exigiendo de ellos sino que se *esfuercen* en prevenir accidentes y daños. Su violación es, por lo tanto, independiente de que efectivamente se produzca un daño debido a un incidente producido como resultado de la actividad. Si éste se produce, deberá entrar a funcionar inmediatamente la responsabilidad objetiva, que será la de un particular en el caso del proyecto de artículos.
- Por ejemplo, el Estado de origen no estará dando cumplimiento a la correspondiente obligación si deja que una actividad del artículo 1 se ejerza sin autorización previa, esto es sin que dicha autorización haya sido concedida una vez que el explotador la haya solicitado y, a ese fin, explicado las características de la actividad y hecho la correspondiente evaluación del riesgo exigida por el artículo 12²⁰. La producción de un incidente entrañará automáticamente la responsabilidad objetiva del explotador, pero el Estado seguirá siendo responsable por el incumplimiento propio. Esto significa que el Estado afectado puede presentar quejas por vía diplomática y emplear recursos como, por ejemplo, contramedidas, a fin de que el Estado de origen cumpla con su obligación y cese así el acto ilícito so pena de una eventual declaración de ilicitud de la actividad.
- 37. Pero si el incidente no se produce ni tampoco el daño transfronterizo, el Estado que podría resultar afectado puede presentar las mismas quejas y utilizar los mismos recursos, si la actividad se ejerce sin autorización previa.
- 38. Conviene aquí hacer una corta digresión para dar mayor fundamento a la anterior afirmación. Se ha dicho en el noveno informe que las obligaciones de prevención son de debida diligencia²¹ y esto tiene sus consecuencias. Ante todo, hay que diferenciarlas de las obligaciones de resultado del artículo 23 de la primera parte del proyecto sobre responsabilidad de los Estados²², o sea de las obligaciones de evitar un acontecimiento dado, con las que podrían confundirse.

¹⁶ Véase nota 1 supra.

¹⁷ Anuario... 1993, vol. II (segunda parte), párr. 335.

¹⁸ El autor de estas líneas deja constancia de sus personales dudas en cuanto a que una omisión pueda engendrar un incumplimiento de carácter continuo de una obligación: piensa que una vez incumplida una obligación de hacer, esa obligación primaria es inmediatamente reemplazada por una obligación secundaria de contenido parecido, pero no necesariamente igual. Puede, por ejemplo, contener también una obligación de pagar intereses o de indemnizar de otra manera el perjuicio causado por el incumplimiento en el plazo fijado por la obligación primaria, o un eventual lucro cesante. Pero en el tratamiento del tema sobre responsabilidad de los Estados se ha admitido por la Comisión que las omisiones pueden dar lugar a actos continuados de incumplimiento.

¹⁹ Véase nota 17 supra.

²⁰ Anuario... 1993, vol. II (segunda parte), párrs. 142 a 147.

²¹ Ibíd., vol. II (primera parte), doc. A/CN.4/450, párr. 7.

²² Para el texto del art. 23 y el comentario respectivo adoptados por la Comisión en su 30.º período de sesiones, véase *Anuario...* 1978, vol. II (segunda parte), págs. 79 a 85.

39. En las obligaciones de evitar un acontecimiento dado no hay violación a menos que se produzca el acontecimiento que se tenía la obligación de evitar: su producción es condición necesaria. Al respecto, dice así el comentario relativo al artículo 23:

El Estado al que incumbe una obligación de esta clase no puede pretender haber logrado el resultado requerido alegando que ha establecido un sistema perfecto de prevención si ese sistema, en la práctica, resulta ineficaz y permite que se produzca el acontecimiento. Y, a la inversa, el Estado interesado en la ejecución de la obligación no puede pretender que esa obligación ha sido violada por el solo hecho de que el sistema de prevención establecido por el Estado obligado le parece claramente insuficiente o ineficaz, mientras no sobrevenga el acontecimiento cuya realización debería evitar²³.

Y añade:

Las obligaciones que exigen prevenir acontecimientos dados no se identifican, por lo tanto, con las a veces designadas con el término general de «obligaciones de vigilancia»*. La realización de la violación de estas últimas suele concretarse a una actividad del Estado y no está necesariamente afectada por el hecho de que se produzca o no se produzca un acontecimiento exterior*²⁴.

Conviene aclarar que «vigilancia» traduce la expresión due diligence de la versión inglesa. Esta parece ser la principal diferencia entre obligaciones de resultado y obligaciones de debida diligencia en el sistema de la primera parte del proyecto sobre responsabilidad de los Estados: en las primeras se requiere, para su violación, que el resultado, positivo o negativo, no se haya obtenido; en las segundas ese requisito no es necesario y se examinan directamente los medios empleados para ver si no son los que razonablemente hubieran debido emplearse para obtener el resultado requerido por la obligación.

40. Es incluso concebible que el Estado de origen deba indemnizar de alguna forma al Estado expuesto sin que se haya producido un incidente y que, por consiguiente, no se haya puesto en juego la responsabilidad objetiva del particular que realiza la actividad peligrosa. Supongamos que por la omisión del Estado de origen en exigir la adopción de ciertas medidas de prevención a los explotadores de una actividad peligrosa en su territorio el Estado

expuesto o las personas que en él residen han debido tomar en el propio territorio algunas medidas tendentes a evitar o minimizar el daño que un incidente producido por aquella actividad les pudiere causar. Ello es perfectamente posible y significaría que el Estado expuesto ha debido incurrir en ciertos gastos en razón de la omisión del Estado de origen (causalidad indirecta). La correspondiente indemnización a cargo de este último sería un ejemplo de compensación por equivalente.

Texto propuesto

41. Lo anterior podría expresarse en un artículo que tendría el número siguiente al último sobre la prevención, actualmente bajo examen del Comité de Redacción. Su texto podría remitir simplemente al derecho internacional aplicable, aunque esta referencia parezca a algunos innecesaria: no se necesita una disposición contractual para que funcionen las normas consuetudinarias referentes a las consecuencias de aquellas violaciones. Se prefiere, entonces, o bien no hacer mención alguna a las consecuencias del incumplimiento de las normas del artículo, o bien simplemente remitir al derecho internacional porque repetir en el proyecto los artículos aplicables del proyecto sobre responsabilidad de los Estados, aun adaptados en su redacción, implicaría adoptar textos que no son definitivos y están sujetos a cambio tanto en una segunda lectura del proyecto en la CDI como en la conferencia codificadora que eventualmente se convoque. Si la Comisión prefiere, entonces, la remisión simple al derecho internacional, el siguiente podría ser un texto adecuado:

«Artículo X.—Responsabilidad internacional del Estado

»El incumplimiento por el Estado de origen de las obligaciones de prevención establecidas en estos artículos tendrá las consecuencias que el derecho internacional dispone para la violación de las obligaciones internacionales.»

Capítulo III

Responsabilidad civil

A.—Responsabilidad objetiva

42. El corolario lógico de las actividades de riesgo debe ser la responsabilidad objetiva, que es acogida por la generalidad de los derechos nacionales por razones bien conocidas, especialmente la necesidad de un procedimiento acelerado que no exija prueba del incumplimiento o de la culpa. En el orden internacional los mismos argumentos han establecido la responsabilidad civil del particular en instrumentos que el Relator Especial ha comentado repetidas veces a lo largo de sus informes. Una propuesta de directiva de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre responsabilidad civil por daños causa-

²³ Ibíd., pág. 81, párr. 4 del comentario.

²⁴ Ibíd., nota 397.

dos por desechos²⁵, que tiene ya algunos años, da argumentos convincentes en favor de la responsabilidad objetiva en su párrafo 4:

La responsabilidad objetiva

Dado que este principio implica una responsabilidad automática, con él se garantizan una indemnización de los perjudicados, la rehabilitación del medio ambiente y una responsabilización de los agentes económicos, de conformidad con los principios contemplados en la presente Directiva.

El principio de la responsabilidad objetiva en relación con los riesgos ambientales está ganando terreno. En un ámbito semejante (y comparable) como es el de los productos defectuosos, la Directiva del Consejo de 25 de julio de 1985 (85/374/CEE) sigue este principio, que aparece en un número cada vez mayor de Convenios internacionales (energía nuclear, contaminación marina causada por los hidrocarburos). Finalmente, también en este principio se basa el proyecto de Convenio relativo a los daños causados durante el transporte de mercancías peligrosas por carretera, ferrocarril o buques fluviales, elaborado por UNIDROIT, actualmente en fase de negociación en la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas.

Asimismo, el Comunicado final de la Octava Conferencia de Ministros para la Protección del Rin contra la contaminación, celebrada en Estrasburgo el 1º de octubre de 1987, y en la que participó la Comisión de las Comunidades Europeas, solicita una armonización de la legislación en materia de responsabilidad civil para los daños causados por las sustancias peligrosas, que se basa en el principio de la responsabilidad objetiva.

Esta misma tendencia empieza a adquirir gran importancia en las legislaciones nacionales. Así, las legislaciones alemana y belga ya han adoptado el principio de responsabilidad objetiva. En Francia, este principio está bien asentado en la jurisprudencia. En los Países Bajos, la jurisprudencia empieza a adoptarlo y se está trabajando en la elaboración de una propuesta de ley que introduzca este principio en el nuevo código civil. En España, dicho principio existe en el campo de la gestión de residuos.

Los proyectos de orden internacional mencionados en estos párrafos culminaron en la adopción de la responsabilidad objetiva.

B.—Características generales del sistema

43. El examen de la práctica internacional permite extraer ciertos rasgos que son comunes a los convenios sobre responsabilidad civil. Algunos de ellos están sintetizados en el Código de conducta sobre contaminación accidental de aguas interiores transfronterizas²⁶. Este Código de conducta presenta interés para nosotros porque, al igual que nuestro proyecto, trata de las actividades de riesgo que por accidente originen daños transfronterizos (en su caso por contaminación). En su artículo XV, párrafo 4, resume bien lo aconsejable en esta materia:

Para asegurar la pronta y adecuada indemnización por los daños causados por la contaminación accidental de aguas interiores transfronterizas, los países deberían, de acuerdo con su sistema jurídico nacional, identificar la (o las) persona(s) fisica(s) o jurídica(s) responsable(s) por el daño resultante de las actividades peligrosas*. A menos que se establezca otra cosa, el explotador debería ser considerado responsable, y cuando más de una persona u organización sean consideradas responsables, dicha responsabilidad debería ser conjunta y solidaria*.

En el párrafo 5 se dice:

Los países deberían prever la responsabilidad objetiva* para los daños causados por accidentes derivados de actividades peligrosas [...]

Y en el párrafo 6:

- [...] cuando no se puede identificar el incidente que causó el daño [...] los países deberían, entre otras cosas, considerar el establecimiento de fondos de compensación*.
- 44. Responsabilidad objetiva, entonces, para el explotador, que debe ser identificado, de conformidad con la Convención o con la ley interna; responsabilidad solidaria cuando hay varios explotadores comprometidos; establecimiento de fondos de compensación cuando ello fuera posible. Pero además: a) el explotador tiene invariablemente la obligación de tomar un seguro u ofrecer alguna otra garantía financiera para cubrir, ya sea una suma igual a la máxima indemnización, cuando hay un tope fijado, ya sea por otra cantidad que determine la autoridad nacional; b) para que este régimen pueda funcionar es necesario que el principio de no discriminación sea respetado, esto es que el Estado de origen trate de la misma manera en sus tribunales a los residentes en su territorio que a los no residentes; c) los Estados partes deben establecer en su derecho interno un recurso que permita una pronta y adecuada indemnización u otra reparación de los daños transfronterizos resultantes, como se establece en el artículo 235 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar; d) en todo lo que no está regido directamente por la Convención debe ser aplicable la ley nacional del tribunal competente, en tanto sea compatible con aquélla; e) las sentencias ejecutorias en una jurisdicción deben serlo igualmente en todas, salvo que esté previsto de otra manera; y f) debe haber libre transferencia de las sumas de dinero acordadas por una sentencia dictada en uno de los Estados a cualquier otro Estado parte, en la moneda que pueda convenir al titular de la indemnización.
- 45. Las limitaciones representadas por las excepciones y el plazo de prescripción deben ser válidas tanto para la responsabilidad estatal como para la civil.

C.—Los responsables: la llamada «canalización» de la responsabilidad

1. COMENTARIOS EXPLICATIVOS

Como se ha visto, conviene establecer quién será en principio responsable, dentro del Estado de origen, por el daño transfronterizo causado, para así facilitar las acciones a las víctimas. Este procedimiento es seguido en todas las convenciones sobre responsabilidad civil, en las que la responsabilidad se «canaliza» o se «encauza» hacia ciertas personas: las víctimas deben dirigir su acción contra el explotador responsable o bien contra el asegurador o el garante financiero del explotador, pero no contra otras personas. Normalmente, el explotador puede ejercer la acción de repetición contra un tercero si hay base jurídica para ello (por ejemplo contra un proveedor que le vendió un material defectuoso que causó el accidente), con excepción de lo dispuesto en la Convención de Viena y en el Convenio de París sobre daños nucleares, en la Convención de Bruselas sobre la responsabilidad de los

²⁵ Documento COM (89) 282 final-SYN 217, de 15 de setiembre de 1989.

²⁶ Publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: E.90.II.E.28.

explotadores de buques nucleares y en el Convenio sobre la responsabilidad civil por los daños de contaminación por hidrocarburos resultantes de la exploración y explotación de recursos minerales de los fondos marinos, instrumentos en los que, quizás debido a la magnitud de los riesgos y de los correspondientes seguros, se priva al explotador de esa posibilidad, para que sea el único constreñido a asegurarse.

- 47. Habitualmente es responsable el que tiene el control de la actividad en el momento en que se produce el incidente. Generalmente quien tiene el control es el explotador. En algunas convenciones se establece una presunción: tiene el control el que figura en el registro público del Estado de origen como dueño de la instalación, o del buque, o de lo que fuere, y en caso de no existir tales registros, directamente el propietario [Convenio sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras, párrs. 1 a 3 del art. 2; Convención sobre la responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercaderías peligrosas por carretera, ferrocarril y buques fluviales (CRTD), párr. 8 del art. 1].
- 48. En ciertos instrumentos también se contempla el caso de que el daño sea causado por un hecho continuo o por una serie de hechos del mismo origen (Convención de Lugano, párrs. 1 a 4 del art. 6; Convenio sobre la responsabilidad civil por los daños de contaminación por hidrocarburos resultantes de la exploración y explotación de recursos minerales de los fondos marinos, art. 3).
- 49. Indudablemente, el instrumento que mejor puede ayudarnos para determinar la figura del responsable es la Convención de Lugano, puesto que intenta, como el proyecto en examen, cubrir todas las actividades peligrosas.
- 50. Dicho instrumento comienza por enunciar en el preámbulo el régimen de responsabilidad objetiva «teniendo en cuenta el principio contaminador-pagador» y cita el principio 13 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo²⁷, que dice:

Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Los Estados deberán cooperar asimismo de manera expedita y más decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción.

- 51. El artículo 2 de la Convención de Lugano (Definiciones) dice que «"explotador" significa la persona que ejerce el control de una actividad peligrosa». Son de interés los párrafos 1 a 3 del artículo 6 (Responsabilidad respecto de las sustancias, organismos y ciertas instalaciones o sitios de desechos), que dicen así:
- 1. El explotador de una actividad peligrosa contemplada en el artículo 2, párrafos *a* a *c* es responsable de los daños causados por dicha actividad, resultantes de incidentes sobrevenidos en el momento o durante el período en que ejercía su control;

- 2. Si un incidente consiste en un hecho continuo, todos los explotadores que hubieren ejercido sucesivamente el control de la actividad peligrosa mientras haya durado el incidente son solidariamente responsables. Sin embargo, si un explotador probare que el hecho que sobrevino durante el período en que ejerció el control de la actividad peligrosa no ha causado sino una parte del daño, no será responsable sino por esa parte;
- 3. Si el incidente consiste en una sucesión de hechos del mismo origen, los explotadores que hubieren ejercido el control de la actividad peligrosa en el momento en que se hubiere producido uno cualquiera de tales hechos, son solidariamente responsables. Sin embargo, si un explotador probare que el hecho sobrevenido en el momento en que él ejercía el control de la actividad peligrosa no ha causado sino una parte del daño, no será responsable sino por esa parte.
- 52. El párrafo 4 del mismo artículo 6 es aplicable a una actividad peligrosa que hubiera cesado definitivamente en una instalación o sitio determinados. En tal caso, si aparece un daño atribuible a la actividad, el responsable es el último explotador, a menos que él o la víctima prueben que todo o parte del daño han sido causados por un acontecimiento anterior a su explotación, en cuyo caso se aplican las disposiciones de los párrafos 1 a 3.
- Asimismo, el artículo 7 se refiere a la responsabilidad del explotador de un sitio de depósito permanente de desechos. Estos dos últimos puntos se justifican en la Convención de Lugano que comentamos porque dentro de la definición de actividades «peligrosas para el medio ambiente» del artículo 2 figuran explícitamente, en el apartado c del párrafo 1: «la explotación de una instalación o de un sitio de incineración, de tratamiento, de manipulación o de reciclaje de desechos», y en el apartado d: «la explotación de un sitio de depósito permanente de desechos». En el caso del presente proyecto de artículos, como aún no se ha emprendido la tarea de identificar con mayor precisión las actividades comprendidas (sólo se ha fijado un umbral de «riesgo significativo»), la consideración del concepto contenido en ambos puntos deberá ser postergado.
- 54. También es pertinente el párrafo 4 del artículo 7, que dice:

Ninguna disposición de la presente Convención se opone al derecho de recurso del explotador contra cualquier tercero.

Con lo cual queda claro que la existencia de dicho recurso queda librada a la ley nacional y además que los autores de esta Convención no han seguido a los instrumentos en materia de responsabilidad civil por daños de origen nuclear, en los que las pérdidas quedan a cargo del explotador o de su asegurador.

2. Textos propuestos

- 55. Por las razones expuestas, el Relator Especial propone los siguientes textos.
- 56. En el artículo 2 (Términos empleados), cabría agregar un apartado que dijera:
 - «El término "explotador" designa a la persona que ejerce el control de una actividad contemplada en el artículo 1.»

²⁷ Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992 [A/CONF.151/26/Rev.1 (vol. I, vol. I/Corr.1, vol. II, vol. III y vol. III, Corr.1)] (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.93.1.8 y rectificativos), vol. I: Resoluciones adoptadas por la Conferencia, resolución 1, anexo I, pág. 4.

57. Y luego habría que agregar los siguientes artículos, con la numeración que corresponda a la que adopte finalmente el Comité de Redacción:

«Artículo A.—Responsabilidad del explotador

»El explotador de una actividad contemplada en el artículo 1 será responsable por todo daño transfronterizo significativo que causare dicha actividad durante los períodos en que ejerciere su control sobre la misma.

- »a) En caso de hechos continuados, o de una serie de hechos del mismo origen, la responsabilidad de los explotadores definida en el párrafo anterior será solidaria:
- »b) Si el explotador probare que durante el período del hecho continuado por el cual es responsable no se ha producido sino una parte del daño, responderá solo por esa parte;
- »c) Si el explotador probare que el hecho del que es responsable y que forma parte de una serie de hechos de un mismo origen, sólo ha causado una parte del daño, responderá por esa parte.

»Artículo B.—Repetición contra terceros

»Ninguna disposición de los presentes artículos se opondrá al derecho de recurso que la ley del tribunal competente otorgue al explotador contra cualquier tercero.»

D.—Obligación de tomar seguro

1. Comentarios explicativos

- 58. Como se ha visto antes, en todos los instrumentos sobre responsabilidad civil se impone al explotador la obligación de tomar un seguro para pagar las indemnizaciones. En algunos instrumentos se establece la cuantía del seguro en relación con el tope fijado para las indemnizaciones, que las autoridades nacionales pueden en ciertos casos rebajar según la peligrosidad que adviertan en la actividad en cuestión. Sería difícil establecer tales topes en un instrumento como el que es objeto de este informe, con el que se intenta cubrir todas las actividades peligrosas, porque variarían de una a otra actividad. La Convención de Lugano, también de carácter general, como se ha visto, no lo hace.
- 59. Se debería, en cambio, dejar librada a las autoridades nacionales fijar la cuantía mínima del seguro, o de la garantía financiera, sobre la base del resultado que arroje la evaluación del riesgo, obligatoria para las actividades peligrosas, como establece el proyecto de artículo 12²⁸.

La Convención requiere a las Partes, cuando fuere apropiado, que aseguren en su derecho interno que los explotadores tengan una garantía financiera para cubrir su responsabilidad bajo la Convención y que determinen su alcance, condiciones y formas. En particular, puede ponerse un cierto límite a la garantía financiera.

La disposición invita a las Partes a tener en cuenta los riesgos que presenta la actividad cuando fijen a su respecto el requerimiento de la garantía financiera.

Al aplicar este artículo, pueden tenerse en cuenta las consideraciones siguientes: primero, el hecho de que ciertas actividades en sí mismas implican un riesgo mayor de daño; segundo, que algunas compañías pueden no tener la capacidad financiera para pagar indemnización a las personas que sufran el daño en ausencia de un seguro o de una garantía financiera, y tercero, evitar que la obligación se haga de imposible cumplimiento a causa de la imposibilidad de prever el riesgo y de establecer una garantía financiera para cubrirlo.

El régimen de seguridad o de garantía financiera, mencionado en el artículo, puede existir en muchas formas distintas, ya sea en la de un contrato de seguro o en la de cooperación financiera de los explotadores que desarrollan una forma específica de actividad peligrosa, para cubrir los riesgos inherentes a esa actividad. Tal esquema financiero tendría la función de garantizar la indemnización por el daño causado por una actividad peligrosa cumplida por uno de esos explotadores.

También sería posible cubrir los riesgos correspondientes con un contrato de seguro. Otra posibilidad podría ser que un explotador tuviera suficientes recursos financieros propios para cubrir los riesgos de la actividad peligrosa que conduce.

Es probable que, luego de la entrada en vigor de la Convención, el mercado de seguros en el terreno del daño ambiental incremente su desarrollo, puesto que los riesgos y la responsabilidad por la contaminación serán mejor conocidos y los regímenes de seguridad financiera podrán ser gradualmente reemplazados por contratos de seguros.

2. Textos propuestos

61. A la luz de las consideraciones precedentes, el Relator Especial propone los artículos siguientes:

«Artículo C.—Las seguridades financieras o el seguro

»Para cubrir la responsabilidad establecida por estos artículos, los Estados de origen impondrán, cuando sea apropiado, a los explotadores que conduzcan una actividad peligrosa en su territorio, o de alguna otra manera bajo su jurisdicción o control, su participación en un régimen de seguridad financiera o bien que mantengan otra garantía financiera entre ciertos límites que determinarán las autoridades de esos Estados conforme a la evaluación del riesgo de la actividad en cuestión y a las condiciones que fije su derecho interno.

»Artículo D.—Acción directa contra el asegurador o el garante financiero

»Cualquier acción de indemnización podrá ser dirigida directamente contra el asegurador u otra persona

^{60.} El comentario al artículo 12 de la Convención de Lugano, que figura en el informe explicativo adjunto a la Convención²⁹, dice así:

²⁸ Véase nota 20 supra.

²⁹ Véase suplemento de CDCJ (92) 50, párr. 67.

que hubiere otorgado las garantías financieras del artículo anterior.»

E.—Tribunal competente

1. Comentarios explicativos

62. Los instrumentos existentes varían en cuanto a las posibilidades de elección del tribunal por el damnificado. El Convenio de París (art. 13) y la Convención de Viena (art. XI), las limitan al tribunal competente del Estado de la instalación nuclear. El proyecto de protocolo sobre la responsabilidad y la indemnización en caso de daños resultantes de los movimientos transfronterizos y la eliminación de desechos peligrosos³⁰ elaborado por el Grupo especial compuesto por expertos jurídicos y técnicos nombrado por la Conferencia de las Partes del Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, fija, en el artículo 10, tres bases para establecer la competencia: a) donde se sufrió el daño, b) donde éste se originó y c) donde el presunto responsable reside, tiene su domicilio o el asiento principal de sus negocios. Asimismo, se establece la obligación de cada parte contratante de asegurar que sus tribunales tengan competencia para recibir las correspondientes demandas de indemnización. En su artículo 19, la Convención de Lugano enumera prácticamente las mismas posibilidades que el proyecto de protocolo para establecer la competencia, sólo que en el apartado c del párrafo 1 de dicho artículo se limita la competencia en razón del domicilio al lugar de residencia habitual. El artículo 19 de la Convención sobre la responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercaderías peligrosas por carretera, ferrocarril y buques fluviales (CRTD), enumera cuatro bases para establecer la competencia: a) donde se produjo el daño, b) donde ocurrió el incidente, c) donde se tomaron las medidas preventivas para prevenir o minimizar el daño (nuestras «medidas de respuesta») y d) donde el transportista tiene su residencia habitual. Considerando que donde el daño se originó (base b para establecer la competencia del proyecto de protocolo), será normalmente también el lugar donde ocurrió el incidente (base b de la Convención CRTD) y que el transportista en esta Convención equivale al «presunto responsable» del proyecto de protocolo, la novedad en la Convención CRTD es la competencia del tribunal del lugar donde se tomaron las medidas preventivas. El artículo 20 del Convenio sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras sólo contempla la competencia de los tribunales del Estado donde hayan ocurrido los daños, salvo acuerdo en contrario. El artículo 11 del Convenio sobre la responsabilidad civil por los daños de contaminación por hidrocarburos resultantes de la exploración y explotación de recursos minerales de los fondos marinos determina que serán competentes: a) los tribunales del Estado miembro donde se sufrió el daño como resultado del incidente, o b) los del Estado de control, al que el artículo 1, párrafo 4 define como el Estado miembro que ejerce derechos soberanos

en la exploración o explotación de los recursos naturales del fondo y subsuelo marinos en el área en la cual, o sobre la cual, está situada la instalación. Este Estado de control parece ser equivalente al Estado de origen de nuestro proyecto, puesto que es el Estado de la instalación donde se ejerce la actividad contaminante.

63. Pensamos que debiera dejarse al actor la posibilidad de elegir la jurisdicción, en función de la que le resulte más ventajosa: a) la del Estado de origen, que puede a veces ser más apropiada si el interés de la víctima reside en obtener pruebas relativas al incidente mismo, o b) la del Estado afectado, donde la prueba de los daños se puede reunir más fácilmente y donde presumiblemente los damnificados conozcan mejor el procedimiento si efectivamente residen allí. Asimismo, se facilitaría la acción del actor al no obligárselo a llevar un juicio fuera de su lugar de residencia, con los costos y las incertidumbres consiguientes. Una tercera posibilidad sería la jurisdicción de la residencia habitual, del domicilio o del asiento principal de los negocios del actor, por las razones citadas en último término en el comentario de la anterior alternativa. En cambio, no parece convincente contemplar como cuarta posibilidad el tribunal donde fueron tomadas las medidas de respuesta, porque todo indica que éstas deben ser tomadas en la gran mayoría de los casos va sea en el territorio del Estado de origen, ya sea en el del afectado y no valdría la pena considerar una posibilidad algo remota, como la de que tales medidas se adopten en un tercer país.

Texto propuesto

64. A la luz de las consideraciones precedentes, el Relator Especial propone el siguiente artículo:

»Artículo E.—Tribunal competente

»Las acciones por indemnización de daños que correspondan a la responsabilidad civil del explotador sólo podrán interponerse ante los tribunales competentes de un Estado miembro, ya sea del afectado, o del Estado de origen o del Estado donde el explotador responsable tiene su domicilio, o su residencia o el asiento principal de sus negocios.»

F.—Aplicación de la ley nacional sin discriminación

1. Comentarios explicativos

65. La ley nacional debe utilizarse para complementar la aplicación de los artículos del proyecto en las cuestiones que no están regidas por éstos, naturalmente en forma compatible con la letra así como con el objeto y fin del proyecto. Por ley nacional se entenderá aquella del tribunal competente para entender en el asunto de que se trate.

³⁰ Véase nota 11 *supra*.

66. El principio de no discriminación propuesto en el artículo 10 del proyecto³¹ dice:

Los Estados Partes considerarán de la misma manera los efectos de una actividad que se produzcan en territorio o bajo la jurisdicción o control de otro Estado que aquellos que tengan lugar en su propio territorio. En particular, aplicarán las disposiciones de los presentes artículos y de sus leyes nacionales sin discriminación en cuanto a la nacionalidad, el domicilio o la residencia de las personas perjudicadas por las actividades del artículo 1*.

La segunda frase parece perfectamente aplicable al capítulo de responsabilidad civil y tiene sus antecedentes, entre otros, en el artículo 14, apartado c del Convenio de París, que dice: «El derecho y la legislación nacional deberán aplicarse sin discriminación alguna basada en la nacionalidad, el domicilio o la residencia». En el sexto informe el Relator Especial introdujo en el artículo 30, relativo a la aplicación de la ley nacional, un párrafo que repetía la redacción del Convenio de París, en el sentido de que los artículos del proyecto, así como el derecho y la legislación nacional, debían aplicarse sin discriminación basada en la nacionalidad, el domicilio o la residencia. El Relator Especial reconoce, sin embargo, que si el artículo 10 es aceptado en la forma propuesta, sería innecesaria la repetición de su segunda parte en el capítulo de la responsabilidad.

2. Textos propuestos

67. A la luz de las consideraciones precedentes, el Relator Especial propone los artículos siguientes:

«Artículo F.—Recursos internos

»Las Partes proveerán en su derecho interno los recursos judiciales que permitan la pronta y adecuada indemnización u otra reparación de los daños causados por actividades del artículo 1.

»Artículo G.—Aplicación de la ley nacional

»Los tribunales competentes aplicarán su ley nacional a todas las materias, tanto de fondo como de procedimiento, que no hayan sido específicamente tratadas en estos artículos.»

G.—Causalidad

1. Comentarios explicativos

68. El artículo 10 de la Convención de Lugano establece:

El tribunal, cuando evalúa la prueba de la relación de causalidad entre el incidente y el daño o, en el marco de una actividad peligrosa definida en el artículo 2, párrafo 1, apartado d, la de la relación entre dicha actividad y el daño, debe tener debidamente en cuenta el riesgo acrecido de que se produzca el daño, inherente a la actividad peligrosa.

Una disposición similar se encuentra en la legislación de algunos países. En el informe explicativo adjunto a la Convención se dice:

Este artículo tiende a incitar al tribunal, cuando evalúa la prueba relativa al vínculo causal entre el incidente y el daño o, en el caso de los sitios destinados a depósito permanente de desechos, entre la actividad y el daño, a tener en cuenta el riesgo acrecido de daños de una actividad peligrosa específica. Para ayudar a la obtención de una indemnización, este artículo toma en cuenta los riesgos específicos que tienen ciertas actividades peligrosas de provocar daños. La Convención no crea una verdadera presunción de relación de causalidad. La disposición actúa como complemento del sistema de responsabilidad objetiva. Forma parte por ende del conjunto de normas destinadas a ayudar a la persona que ha sufrido el daño a probar el vínculo causal, que puede en la práctica ser difícil³².

69. En el Libro verde sobre reparación de los daños causados al medio ambiente de la Comisión de las Comunidades Europeas destinado al Consejo y al Parlamento Europeos y al Comité Económico y Social, que se refiere a los problemas relacionados con la prueba del vínculo causal, se encuentra una disposición que alude a los problemas vinculados a la relación de causalidad:

Para poder obtener indemnización la parte perjudicada debe probar que el daño es consecuencia de un acto de la parte incriminada, o de un incidente del que fue responsable dicha parte. No obstante, en el caso de daño ecológico se plantean problemas especiales al respecto: como se indica en la sección sobre contaminación crónica, a veces no se puede establecer el nexo causal si el daño es resultado de las actividades de varias partes distintas; también surgen dificultades si el daño no se manifiesta hasta pasado un tiempo. Por último, es difícil establecer científicamente el nexo causal entre la exposición a la contaminación y el daño, y puede ocurrir que la parte responsable intente refutar las pruebas de causalidad presentadas por la parte perjudicada, planteando otras posibles explicaciones científicas sobre el daño³³.

2. Texto propuesto

70. El Relator Especial estima que una disposición similar puede proponerse a la Comisión como artículo H, pues tal es el espíritu que anima a los artículos del proyecto: facilitar a la víctima inocente la promoción de la acción para obtener reparación por el daño sufrido. Como no se ha decidido acerca de si la actividad relativa a un sitio permanente de depósito de desechos debe o no formar específicamente parte de la definición de actividades peligrosas, el texto no debería por ahora tener en cuenta esa posibilidad. Pero es particularmente importante subrayar, tal vez en el comentario, que este artículo no crea una presunción de causalidad entre el incidente y el daño.

«Artículo H

»Al apreciar la prueba de la causalidad entre el incidente y el daño, el tribunal tendrá debidamente en cuenta el riesgo acrecido de provocar el perjuicio que es inherente a la actividad peligrosa.»

³¹ El artículo 10 del proyecto había sido presentado por el Relator Especial en su sexto informe [*Anuario... 1990*, vol. II (primera parte), págs. 89 y ss, doc. A/CN.4/428 y Add.1, en particular págs. 98, 99 y 114.

³² Véase doc. CDCJ (92) 50 (nota 29 supra), párt. 63.

³³ Documento COM (93) 47, final, Bruselas, 14 de mayo de 1993, págs. 10 y 11, punto 2.1.8.

H.— Ejecutoriedad de la sentencia

COMENTARIOS EXPLICATIVOS

71. Las convenciones sobre responsabilidad civil suelen incluir además disposiciones sobre la ejecutoriedad de la sentencia, que creemos conveniente incluir también en el proyecto de artículos, dado su carácter general (intenta abarcar todas las actividades peligrosas de riesgo significativo) y mundial (por oposición a regional). Teniendo en cuenta esas características del proyecto, se hace necesario tomar en consideración en el mismo que el concepto de orden público y el enfoque de otras situaciones que contempla el artículo que proponemos varía considerablemente entre los distintos países a los que se aplicaría el mismo.

72. El Convenio de París (art. 13, apart. e) establece:

Cuando las sentencias pronunciadas previa actuación de las partes o en rebeldía por el tribunal competente en virtud de las disposiciones del presente artículo sean firmes con arreglo a las leyes aplicadas por dicho tribunal, también serán firmes en el territorio de cualquier otra Parte Contratante, una vez cumplidas las formalidades prescritas por la Parte Contratante interesada. No se admitirá nuevo examen del fondo del asunto. Esta disposición no se aplicará a las sentencias que sean firmes provisionalmente.

73. Por su parte, en la Convención de Viena (art. XII) se estipula:

- La sentencia definitiva dictada por un tribunal al que corresponda la competencia en virtud del artículo XI de la presente Convención será reconocida en el territorio de cualquier otra Parte Contratante, a menos que:
 - a) La sentencia se haya obtenido mediante fraude;
- b) No se le haya dado a la parte contra la que se dicte la sentencia la posibilidad de presentar su defensa en condiciones equitativas;
- c) La sentencia sea contraria al orden público de la Parte Contratante en la que se gestione su reconocimiento, o no se ajuste a las normas fundamentales de la justicia.
- 2. Toda sentencia definitiva que sea reconocida tendrá fuerza ejecutoria, una vez que se pida su ejecución de conformidad con las formalidades exigidas por la legislación de la Parte Contratante en la que se demande la ejecución, como si se tratase de una sentencia dictada por un tribunal de esa Parte Contratante.
- 3. Una vez que se haya dictado la sentencia no podrá revisarse el litigio en cuanto al fondo.

74. Asimismo, la Convención CRTD (art. 20) establece:

- 1. Toda sentencia dictada por un tribunal con competencia de acuerdo al artículo 19, que sea ejecutoria en el Estado de origen y que no esté sujeta a una forma ordinaria de revisión, será reconocida en cualquier Estado Parte, salvo que:
 - a) la sentencia haya sido obtenida con fraude;
- b) que el demandado no haya sido notificado con una anticipación razonable y no se le haya dado la oportunidad de presentar su defensa debidamente;
- c) la sentencia sea incompatible con una anterior, dictada sobre los mismos hechos y para las mismas partes, pronunciada en el mismo Estado al que se pide el reconocimiento o en otro Estado Parte competente según el artículo 19 y ya reconocida por el Estado solicitado.
- 2. La sentencia reconocida según el párrafo precedente de este artículo será ejecutable en cualquier Estado Parte tan pronto se cumplan las formalidades requeridas en ese Estado. El cumplimiento de tales formalidades no significará que el caso pueda ser reabierto en cuanto al fondo.

Este texto no incluye la causal de orden público y, en cambio, incluye en el apartado c del párrafo 1, la incompatibilidad con una sentencia anterior contradictoria, referida a la misma causa y a las mismas partes, pronunciada en el mismo Estado donde se pide el reconocimiento de la sentencia o reconocida por éste. El informe explicativo de la CRTD no da una buena razón para ese cambio, excepto que se procuró reducir en lo posible el número de causales de no reconocimiento³⁴.

75. También la Convención de Lugano incluye una disposición similar en su artículo 23 y vuelve a incluir la causal del orden público, dejando en cambio de lado la de fraude y agrega la de incompatibilidad con una decisión anterior sobre un litigio entre las mismas partes, pronunciada en el Estado donde se pide el reconocimiento y también si es inconciliable con una decisión anterior adoptada en otro Estado parte en la Convención, en un litigio entre las mismas partes por la misma causa, cuando dicha decisión reúne las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado parte donde éste se pide. El informe explicativo³⁵ dice que las reglas se basan en los Convenios de Bruselas (1968) y de Lugano (1988) relativos a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y comercial.

2. Texto propuesto

76. A la luz de las consideraciones precedentes, el Relator Especial propone el artículo siguiente:

«Artículo I.—Ejecutoriedad de la sentencia

- »1. Cuando las sentencias definitivas pronunciadas por el tribunal competente fuesen ejecutorias con arreglo a las leyes aplicadas por dicho tribunal, serán reconocidas en el territorio de cualquicr otra Parte Contratante a menos que:
- »a) la sentencia hubiere sido obtenida mediante fraude;
- »b) no se hubiere notificado la demanda con antelación razonable para que el demandado pudiera presentar su defensa en condiciones apropiadas;
- »c) la sentencia fuere contraria al orden público del Estado en que se gestione su reconocimiento, o no se ajustase a las normas fundamentales de la justicia;
- »d) la sentencia fuere incompatible con una sentencia anterior pronunciada en el Estado donde se procura el reconocimiento, respecto a un litigio por los mismos hechos y entre las mismas partes.
- »2. Una sentencia reconocida de acuerdo al párrafo precedente tendrá fuerza ejecutoria en cualquiera de los Estados miembros desde el momento en

³⁴ CEE, Convención sobre la responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercaderías peligrosas por carretera, ferrocarril y buques fluviales (ECE/TRANS/84) (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: E.90.II.E.39), pág. 52, párr. 126.

³⁵ Véase nota 29 supra.

que se cumplan las formalidades prescritas por el Estado miembro en que se gestione la ejecución. No se admitirá un nuevo examen sobre el fondo del asunto.»

I.-Excepciones a la responsabilidad

1. COMENTARIOS EXPLICATIVOS

77. Se decía en el sexto informe³⁶:

La existencia de casos excepcionales en que no surge la responsabilidad o en que ésta no se aplica a ciertas personas en determinadas circunstancias es común a la mayor parte de las convenciones sobre la responsabilidad por daños causados como consecuencia de actividades específicas, ya se trate de responsabilidad civil, ya de responsabilidad el Estado, aun cuando la responsabilidad sea objetiva o «causal». Así, el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, de 1972, que establece la responsabilidad del Estado por tales daños, prevé, en el párrafo 1 del artículo VI, que:

«[...] un Estado de lanzamiento quedará exento de la responsabilidad absoluta en la medida en que demuestre que los daños son total o parcialmente resultado de negligencia grave o de un acto u omisión cometido con la intención de causar daños por parte de un Estado demandante o de personas físicas o morales a quienes este último Estado represente.»

Esta es la única causal de exención de la responsabilidad contemplada por dicho Convenio. Las otras convenciones agregan más causales de exención. Se basan en la «canalización» de la responsabilidad «causal» hacia el explotador, a quien se hace único responsable por los daños. [...] La Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares, de 1963, prevé, en el párrafo 2 del artículo IV, una excepción similar a la anterior referente a «negligencia grave» o «acción u omisión dolosa» de parte de la aparente víctima, pero la deja librada a la apreciación del tribunal y siempre que la legislación nacional vaya en el mismo sentido. En cambio, la misma Convención, en el párrafo 3 del artículo IV, admite sin restricciones la excepción respecto a los daños nucleares causados por un accidente nuclear que se deba directamente a: a) «conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección», o b) a una «catástrofe natural de carácter excepcional».[...]

78. El informe continúa así:

La Convención de Wellington de 1988 [reglamentaria de las actividades sobre los recursos minerales antárticos], prevé, en el párrafo 4 del artículo 8, que:

- «4. El explotador no incurrirá en responsabilidad [...] si prueba que el daño ha sido causado directamente, y en la medida en que hubiera sido causado directamente, por:
- »a) un acontecimiento que, en las circunstancias de la Antártica, constituya un desastre natural de carácter excepcional, que no hubiera podido ser razonablemente previsto; o
- »b) un conflicto armado, si éste ocurriera no obstante el Tratado Antártico, o un acto de terrorismo dirigido contra las actividades del explotador, en contra del cual ninguna medida razonable de precaución hubiera podido ser eficaz.»

Y añade en el párrafo 6 del mismo artículo que:

«Si un explotador prueba que el daño ha sido causado total o parcialmente por un acto u omisión intencional o negligencia grave de la parte que persigue la reparación, ese explotador podrá ser liberado total o parcialmente de su obligación de pagar compensación en relación al daño sufrido por esa parte.»

Varios proyectos importantes, que se examinan en diversos organismos, también consagran excepciones parecidas. Así, en el proyecto de normas sobre compensación por daños causados al medio ambiente, del Consejo de Europa [elaborado para el Comité europeo de cooperación jurídica por el Comité de expertos sobre la indemnización de

³⁶ Doc. A/CN.4/428 y Add.1 (véase nota 31 *supra*), párrs. 56 a 59.

daños causados al medio ambiente], la norma 3, que trata de la responsabilidad del explotador, prevé, en el párrafo 4, que:

- «El explotador no incurrirá en responsabilidad si prueba:
- »a) que el daño resulta exclusivamente de un acto de guerra, de hostilidades, de una guerra civil, de una insurrección o de un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible;
- »b) que el daño es causado exclusivamente por un acto hecho con la intención de causar daño por un tercero, a pesar de las medidas de seguridad apropiadas al tipo de actividad peligrosa en cuestión:
- »c) que el daño fue causado exclusivamente por un acto realizado en cumplimiento de una orden expresa o de decisiones de una autoridad pública.»
- 79. Por último, el informe indica que la Convención CRTD de 1989 dispone, en el párrafo 4 del artículo 5, que:
 - «El transportista no será responsable si demuestra que:
 - »a) los daños fueron el resultado de un acto de guerra, de hostilidades, de guerra civil, de una insurrección o de un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible; o
 - »b) los daños fueron provocados por entero por una acción u omisión de un tercero con intención de provocar daño; [...]»

Y en el párrafo 5, agrega:

«Si el transportista demuestra que los daños han sido causados en todo o parte por una acción u omisión con la intención de provocar daños de la persona que sufrió los daños o por la negligencia de esa persona, el transportista podrá ser exonerado en todo o parte de su responsabilidad respecto de esa persona.»

- Respecto de los instrumentos citados en el sexto informe, cabe agregar que la Convención de Lugano, reiteradamente citada en este informe, en el artículo 8 de su texto definitivo recoge esas tres causales de exención de responsabilidad, a las que agrega otras dos: cuando el daño fue causado por una contaminación de nivel tolerable teniendo en cuenta las circunstancias locales pertinentes (apartado d) o por una actividad peligrosa efectuada legalmente en interés de la víctima, en la medida en que hubiere sido razonable exponer a dicha persona a los riesgos de la actividad peligrosa (apartado e). En cuanto a la comentada Convención CRTD, también reiteradamente citada en este informe, el párrafo 4 de su artículo 5 también recoge textualmente las causales enunciadas, a las que agrega en el apartado c otra propia de un instrumento sobre transporte, que exonera de responsabilidad al transportador, si prueba que
- [...] el consignatario o cualquier otra persona no cumplió con su obligación de informarle sobre la naturaleza peligrosa de las mercaderías y ni él ni sus dependientes o agentes la conocían o deberían haberla conocido.
- El párrafo 5 del mismo artículo 5 permaneció sin cambios.
- 81. Los intentos más recientes siguen las mismas líneas generales que las que acabamos de comentar. El proyecto de protocolo del Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación³⁷ incluye un párrafo 4 en su artículo 4 sobre responsabilidad, que reza así:

No habrá responsabilidad si el daño es:

a) resultado de un *imprevisible** acto de conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección;

³⁷ Véase nota 11 *supra*.

- b) resultado de un fenómeno natural imprevisible de carácter excepcional, inevitable e irresistible;
- c) resultado de conducta ilícita e intencional de un tercero que haya sido la causa exclusiva del daño, teniendo en cuenta que debieron tomarse todas las medidas razonables de seguridad para evitar las consecuencias de tal conducta;
- d) resultado del cumplimiento de una orden específica de una autoridad pública.

Y en el párrafo 5 se dispone que:

Podrá haber exención parcial [o total] de la obligación de indemnizar si la persona que sufrió el daño o una persona por la cual él es responsable según su ley nacional contribuyó al daño [o fue su causa única] teniendo en cuenta todas las circunstancias.

Como se ve, las causales de exención de responsabilidad están definidas en este proyecto de una manera un poco más estricta, pero habrá que ver si esta tendencia se confirma en el texto definitivo.

82. Respecto a la responsabilidad del Estado por el pago de las indemnizaciones, si ésta queda comprometida como consecuencia de un hecho ilícito, regirían las causales de exención de la ilicitud de la primera parte del proyecto de la Comisión que serían aplicables³⁸. Si se siguiera el sistema de los convenios y convenciones sobre responsabilidad por daños nucleares, la responsabilidad del Estado, bien que subsidiaria de la responsabilidad del particular, sería del mismo carácter que la de éste y entonces regirían para el Estado las mismas causales de exen-

ción que para el explotador, de manera que la responsabilidad del Estado por las sumas faltantes correría la misma suerte que la responsabilidad del explotador. Por último, si se sigue la tercera alternativa ofrecida, esto es la exclusión de la responsabilidad del Estado por incidentes, la relación sería de Estado a Estado, como se ha visto, y las causales de exención de ilicitud de la primera parte del proyecto serían aplicables.

2. Texto propuesto

83. A la luz de las consideraciones precedentes, el Relator Especial propone el siguiente artículo:

«Artículo J.—Eximentes

- »1. No habrá responsabilidad del explotador:
- »a) Si el daño fue directamente debido a un acto de guerra, hostilidades, guerra civil, insurrección o a un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible; o
- »b) Si el daño fue causado enteramente por un acto u omisión de un tercero cuya intención hubiere sido causar daño.
- »2. Si el explotador probare que el daño ha resultado, total o parcialmente, de un acto u omisión de la persona que sufrió el daño, o por su negligencia, podrá ser eximido total o parcialmente de su responsabilidad hacia esa persona.»

CAPÍTULO IV

Disposición común a la responsabilidad del Estado y a la responsabilidad civil

A.—Comentarios explicativos

84. El plazo de prescripción de la acción de responsabilidad debería ser aplicable tanto a la que se origina en un hecho ilícito como a la responsabilidad objetiva. En el sexto informe³⁹ se dijo lo siguiente para fundamentar el artículo 27 que el Relator propuso en ese entonces:

También es común fijar un plazo a partir del cual prescribe la acción de responsabilidad. Las mismas convenciones citadas como fundamento del artículo 26 pueden traerse a colación aquí. El Convenio sobre responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, de 1972, establece, en su artículo X, la prescripción de la siguiente manera:

«Articulo X

»1. La reclamación de la indemnización por daños podrá ser presentada a un Estado de lanzamiento a más tardar en el plazo de

un año a contar de la fecha en que se produzcan los daños o en que se haya identificado al Estado de lanzamiento que sea responsable.

»2. Sin embargo, si el Estado no ha tenido conocimiento de la producción de los daños o no ha podido identificar al Estado de lanzamiento, podrá presentar la reclamación en el plazo de un año a partir de la fecha en que lleguen a su conocimiento tales hechos; no obstante, en ningún caso será ese plazo superior a un año a partir de la fecha en que se podría esperar razonablemente que el Estado hubiera llegado a tener conocimiento de los hechos mediante el ejercicio de la debida diligencia.»

El Convenio de París de 1960 y la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares de 1963 establecen, en el artículo 8 y en el artículo VI, respectivamente, un plazo de diez años a contar desde la fecha de producido el accidente nuclear que ocasionó el daño. El proyecto de normas del Consejo de Europa, en su norma 9, fija en tres o en cinco años (no está todavía decidido) el plazo, que se cuenta desde que el actor supo, o debió razonablemente haber tomado conocimiento, del daño y de la identidad del explotador. En todo caso, las acciones se prescriben luego de transcurridos 30 años de la fecha del accidente. El artículo 18 de la Convención CRTD de 1989 fija un plazo de tres años desde la fecha en que la víctima supo, o debió saber, que se había producido el daño y la identidad del porteador.

³⁸ Para el texto de los artículos pertinentes de la primera parte del proyecto, véase *Anuario*... 1980, vol. II (segunda parte), págs. 32 y 33, párr. 34.

³⁹ Doc. A/CN.4/428 y Add.1 (véase nota 31 *supra*), párrs. 60 y 61.

85. Cabe agregar que el proyecto citado es hoy en día la Convención de Lugano, que aborda el tema en su artículo 17, el que establece en su párrafo 1 una prescripción de tres años, que corre

a partir de la fecha en que el actor ha tenido conocimiento, o habría razonablemente debido tenerlo, del daño y de la identidad del explotador. Según el mismo párrafo, a este plazo de prescripción se le aplica la legislación de las Partes en materia de suspensión o interrupción de los plazos de prescripción.

El párrafo 2 agrega:

Sin embargo, ninguna acción de reparación puede intentarse tras un plazo de 30 años a contar de la fecha en que se produjo el acontecimiento que causó el daño. Cuando el evento consista en un hecho continuo, el plazo de los 30 años correrá a partir del fin de tal hecho. Cuando el evento consista en una sucesión de hechos del mismo origen, el plazo de 30 años correrá a partir del último de tales hechos.

La Convención CRTD fija en tres años el período durante el cual puede interponerse la acción, a partir del momento en que la víctima conoció o debió razonablemente tener conocimiento del daño y de la identidad del transportador. Ese plazo puede prorrogarse por acuerdo entre las partes interesadas luego de producido el incidente. En todos los casos, las acciones se prescriben pasados diez años de la fecha en que se produjo el incidente que causó el perjuicio. En caso de que el incidente consista en una sucesión de hechos, los plazos se cuentan a partir del último hecho.

86. El comentario pertinente del informe explicativo de la CRTD⁴⁰ reconoce como antecedentes, entre otros, el párrafo 2 del artículo 10 de la Directiva europea de 1985 sobre responsabilidad por productos defectuosos:

Hubo sin embargo algún desacuerdo en cuanto al establecimiento en el párrafo 2 de un segundo plazo de prescripción a partir de la fecha del incidente que causó el daño. Si bien se expresó algún apoyo en favor de no imponer límites, como sucede en la directiva europea referida, una mayoría de delegaciones gubernamentales se pronunció a favor de la introducción del límite, que en definitiva se fijó en 10 años, lo que se consideró suficiente para garantizar una adecuada protección a las víctimas, sin crear dificultades a los aseguradores con un período demasiado largo, ya que deberían mantener las reservas necesarias para satisfacer su eventual responsabilidad, y a los encargados de la distribución del fondo de limitaciones, si las demandas pudieran inter-

ponerse demasiados años luego del incidente.

El informe explicativo agrega que la interrupción o la suspensión de la prescripción se rigen por la ley nacional, como lo establece la Directiva europea de 1985.

87. El plazo de prescripción de tres años para la aplicación de la «regla del descubrimiento» es razonable. En el terreno nuclear, sin embargo, se fijan diez años debido a que algunos de los perjuicios de origen radiactivo pueden tardar un tiempo relativamente largo en manifestarse. En cuanto al plazo máximo para la presentación de demandas, el de diez años puede ser apropiado para instrumentos como la Convención CRTD pero demasiado corto en el caso de situaciones previstas en otros instrumentos, como el Convenio de París y la Convención de Viena sobre daños nucleares, que establecen un plazo de 30 años. El mismo término se fija, como vimos, en la Convención de Lugano. Ese plazo parece el adecuado para el proyecto de artículos, que también se refieren a las actividades peligrosas en general.

B.—Texto propuesto

88. Teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, el Relator Especial propone el siguiente artículo:

«Artículo K.—Plazos

»Las acciones por responsabilidad de estos artículos prescribirán luego de un período de tres años a partir de la fecha en que el actor tuvo conocimiento, o debió razonablemente haberlo tenido, del daño y de la identidad del explotador o del Estado de origen en caso de responsabilidad del Estado. No podrá interponerse acción alguna luego de transcurridos 30 años de la fecha del incidente que causó el daño. Si el incidente consistió en un hecho continuo, los plazos comenzarán a contarse a partir del momento en que comenzó, y si consistiera en una serie de hechos del mismo origen, a partir del último.»

CAPÍTULO V

Vías de procedimiento

A.—Introducción

89. Aunque no se proponen en el presente informe artículos específicos respecto a los procedimientos para hacer efectiva la responsabilidad de que trata el proyecto, el Relator Especial considera conveniente examinar el tema para conocer las reacciones de los miembros de la Comisión y estar en mejores condiciones, dado el caso, de proponer artículos. Asimismo, las ventajas e inconvenientes de cada una de las vías posibles de procedimiento pueden ser un factor importante para la aceptación por los

Estados de los sistemas de responsabilidad que hemos considerado antes. Por ejemplo, la responsabilidad subsidiaria del Estado por hecho ilícito en el marco de las indemnizaciones por daños causados por incidentes, prevista en el proyecto de protocolo del Convenio de Basilea⁴¹, puede presentar complicaciones procesales mayores que las ventajas de otro orden que aporta porque enfrenta al Estado a particulares en el tema de las indemnizaciones.

⁴⁰ ECE/TRANS/84 (véase nota 34 *supra*), párrs. 119 y 120.

⁴¹ Véase nota 11 supra.

B.—Examen de las vías de procedimiento

 A continuación se examinarán las distintas posibilidades que se ofrecen.

1. ESTADO DAMNIFICADO CONTRA ESTADO DE ORIGEN

- 91. La vía de Estado a Estado puede tener dos variantes, según que el Estado actúe como titular exclusivo de la acción por haber sufrido un daño inmediato o que actúe en nombre y representación de sus nacionales que son los inmediatamente damnificados. En este último caso, la solución de dejar a los particulares la vía de la protección diplomática de su Estado presenta inconvenientes. En derecho internacional la reclamación depende exclusivamente de la voluntad del Estado en cuestión: se introduce con ella un factor perturbador, ya que el Estado, por razones coyunturales o de política exterior, puede no considerar conveniente presentar una reclamación. De ese modo el procedimiento diplomático podría privar a los damnificados de las garantías del debido proceso ante un tribunal regular y su indemnización quedaría librada a la negociación entre Estados y a eventuales transacciones guiadas por móviles que pueden ser ajenos a la noción de restitutio in integrum.
- 92. Por lo demás, la protección diplomática se otorga cuando los individuos perjudicados no tienen otra opción, porque están sujetos a la jurisdicción territorial del Estado contra el cual la protección se dirige y han agotado los recursos internos. El proyecto, en cambio, se coloca en un momento anterior y les abre la principal vía de acción para obtener indemnización a través de la responsabilidad civil. Se considerará entonces la posibilidad de descartar en una primera instancia del sistema del proyecto de artículos la protección diplomática ejercida por el Estado en favor de sus nacionales perjudicados. En ese caso, la vía de Estado a Estado quedaría abierta cuando el Estado afectado fuera el titular de la acción y el Estado de origen el responsable directo. La titularidad de la acción correspondería al Estado afectado cuando fuera directamente perjudicado en sus bienes o en su medio ambiente y el Estado de origen sería el responsable directo en dos casos: uno, cuando hubiera responsabilidad del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de prevención, y el otro, cuando el Estado fuera responsable subsidiariamente, ya sea por hecho ilícito o por responsabilidad objetiva.
- 93. Se desarrollan a continuación las posibilidades de la vía de Estado a Estado:
 - a) Indemnizaciones por incidentes producidos en actividades peligrosas
- 94. Se examina, en primer término, la hipótesis de que sea el Estado, afectado en forma inmediata por haber sufrido un perjuicio en sus bienes, el que como titular de la acción se dirija contra el otro Estado. Así sucede, por ejemplo, cuando el daño perjudica a su medio ambiente

- per se⁴². Este concepto de daño al medio ambiente justifica algunas palabras más. Se considera que el Estado es titular de la acción porque el medio ambiente no pertenece a nadie en particular, sino más bien a todos, a la sociedad, a la comunidad nacional que el Estado personifica. En la propuesta de la Comisión de las Comunidades Europeas para una directiva del Consejo⁴³ sobre la responsabilidad civil por daños causados por desechos, en el punto 6 se dice que el sistema de responsabilidad introducido cubre el daño al medio ambiente. Este debe ser puesto en una nueva categoría separada de las precedentes. El daño al medio ambiente interesa a la sociedad más bien que al individuo. Por su parte, la delegación de Francia, en un documento informal sobre la noción de daño nuclear que distribuyó en el Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad por daños nucleares del OIEA, dijo que se trataba de los daños a cosas que no son susceptibles de apropiación, de cosas comunes que no pertenecen a nadie, pero que son susceptibles de un uso común a todos: el aire, el agua, el espacio. Tal tipo de daños no es específico de la energía nuclear sino común a las industrias que pueden generar episodios de contaminación accidental que originan costos necesarios para la limpieza y la restauración del lugar a su estado anterior. Esas medidas son, la mayor parte de las veces, adoptadas por los poderes públicos que intervienen para proteger a las personas y los bienes.
- 95 Si el daño que se está comentando fue producido por explotadores particulares, el Estado actor sólo tendría frente a sí al Estado de origen si éste responde en forma subsidiaria en alguna de las dos variantes que se examinaron antes: a) directamente por lo que no cubra el explotador o su seguro (sistema del Convenio de París y de la Convención de Viena sobre daños nucleares), o b) por las mismas cantidades, pero sólo si el daño no hubiera ocurrido de no haber mediado su incumplimiento (sistema del proyecto de protocolo del Convenio de Basilea). Naturalmente que no se aplicaría la hipótesis del Estado demandado si se acepta la tercera alternativa ofrecida más arriba, según la cual el Estado de origen no respondería en ningún caso por los daños causados por incidentes derivados de actividades de personas privadas en su territorio o de otra manera bajo su jurisdicción o control.
- 96. En la variante a pareciera que la sentencia del tribunal que condenó al explotador privado a pagar cierta suma sirve para que el mismo tribunal declare —una vez que se ha acreditado que aquella no ha sido pagada— el monto de la deuda que debe pagar el Estado. No habría, en principio, problemas de comparecencia del Estado como entidad soberana territorial ante un tribunal nacional: el sistema se subsume dentro del de los particulares entre sí, porque la responsabilidad subsidiaria del Estado por ciertas sumas no cubiertas por el explotador responsable o por su seguro tiene, a criterio del Relator Especial, el mismo carácter que la responsabilidad del particular que el Estado está complementando, pues las convenciones no

⁴² Es importante diferenciar este daño al medio ambiente *per se* del que se produciría en las personas o bienes de los particulares, pero *como resultado* del perjuicio al medio ambiente. Este último sería el caso del daño emergente de una contaminación del agua, por ejemplo, que intoxicara a las personas que la beben, o del lucro cesante que experimenta un hotelero por la ausencia de huéspedes debido a que el aire de la región se ha contaminado.

⁴³ Véase nota 25 supra.

prevén excepción o defensa alguna especial para el Estado. Como el juicio contra el particular fue por una responsabilidad objetiva, no se plantearon en él cuestiones relativas a la culpa ni al incumplimiento de obligaciones. Dado el caso, la sentencia es aplicable al Estado, que debe cumplirla en la parte que le corresponde. Desde luego que, a menos que se arbitrara una solución diferente, la sentencia no podría ser ejecutada judicialmente contra el Estado responsable si se quiere permanecer dentro de las líneas generales de la inmunidad de jurisdicción de los Estados.

- 97. La variante *b*, en cambio, presenta mayores dificultades. Según se señaló oportunamente, el Estado responde también subsidiariamente y por las mismas sumas que en el Convenio de París y en la Convención de Viena, pero sólo si el daño se hubiere producido por el incumplimiento de sus obligaciones de prevención. Es una responsabilidad por hecho ilícito y deben por ende probarse ambos extremos en el juicio: *a*) el incumplimiento por el Estado de ciertas obligaciones y *b*) la *causalidad indirecta*, o sea que el daño se produjo debido al incumplimiento por el Estado de sus obligaciones.
- 98. Pero el Estado parece haber actuado en algunos de esos casos como soberano territorial *juri imperii*, por ejemplo cuando omitió el dictado de la ley que hubiera impuesto al operador la adopción de ciertas medidas preventivas que hubieran impedido la producción del daño. Ya se ha visto que los Estados son reacios a someterse a tribunales de su propia jurisdicción o, en todo caso, a renunciar a sus inmunidades, con lo que se plantea un problema⁴⁴.
- 99. Como consecuencia del daño al medio ambiente también pueden sobrevenir perjuicios a personas privadas o a sus bienes, como lesiones a su salud u otro daño emergente. Los titulares de la acción serían las personas damnificadas por tratarse de un daño común diferente del daño al medio ambiente y la vía sería judicial ante un tribunal del Estado de origen, contra el explotador responsable. Si el daño fue producido por el Estado como explotador de la actividad en cuestión, el caso debería asimilarse al del Estado afectado contra explotadores particulares, porque el Estado explotador ha actuado *juri gestionis*.

b) Cuestiones no relacionadas con las indemnizaciones por daños causados por incidentes

100. Este capítulo se referiría a la responsabilidad del Estado de origen por incumplimiento de las obligaciones de prevención, con independencia de las indemnizaciones debidas por incidentes causados por las actividades de riesgo. Pueden comprender, como se ha visto precedentemente (párr. 40), indemnizaciones compensatorias por las medidas de precaución razonables que el Estado expuesto debió tomar como consecuencia del riesgo creado y por la no adopción por el Estado de origen de las medidas de prevención impuestas en el proyecto de artículos. Son obligaciones que el Estado de origen tiene en el plano

internacional con los demás Estados que sean miembros del sistema establecido en los artículos en examen y por ende las correspondientes acciones deben ejercerse de Estado a Estado por vía diplomática. La mayor parte de las acciones estarían destinadas, por ejemplo, a obligar al Estado de origen a dictar una ley apropiada que imponga a los operadores la adopción de ciertas medidas precautorias, o a hacer aplicar correctamente una ley existente, o a hacer practicar la evaluación prescripta en el artículo 12 sobre los riesgos de una actividad, etc. Si surgieran controversias internacionales se arreglarían de la manera en que finalmente se proponga en el capítulo correspondiente de los mismos artículos.

2. Particulares damnificados contra Estado de origen

- 101. Si el Estado es responsable porque el incidente que produjo el daño se deriva de una actividad de riesgo conducida por el propio Estado actuando *juri gestionis* o por una empresa del Estado, el caso sería análogo al de un particular contra otro particular.
- 102. No se aplicaría la hipótesis del Estado demandado frente a particulares perjudicados si se acepta el sistema por el cual el Estado de origen no respondería en ningún caso por los daños causados por incidentes derivados de actividades en su territorio o de otra manera bajo su jurisdicción o control, puesto que la responsabilidad del Estado emanada del incumplimiento de las obligaciones de prevención, como se ha visto, se cumple por un cauce separado, esto es por la vía diplomática.
- 103. Quedaría entonces solamente la responsabilidad subsidiaria del Estado, en sus dos variantes, o sea responsabilidad por hecho ilícito o responsabilidad objetiva.
- 104. La posibilidad de la responsabilidad subsidiaria del Estado por el hecho ilícito lleva de nuevo al caso de su comparecencia ante tribunales nacionales. Si se adoptara para este caso la vía de los tribunales nacionales competentes, debería establecerse en los artículos que el Estado no puede oponer su inmunidad de jurisdicción porque de lo contrario el sistema no puede funcionar. En cambio, ya se ha visto que la responsabilidad subsidiaria y objetiva del Estado no presenta problemas de enjuiciamiento de la conducta estatal.

3. ESTADO DAMNIFICADO CONTRA PARTICULARES

105. Sería exclusivamente en el caso del daño inmediato al Estado, en sus bienes o en su medio ambiente, que los artículos podrían dirigir al Estado afectado a accionar contra los particulares responsables del daño en lugar de hacerlo contra el Estado de origen. En tales circunstancias, el Estado afectado podría verse en la necesidad de litigar ante tribunales nacionales, eventualmente los del Estado de origen. Cuando participa el Estado se hace difícil la utilización de los tribunales nacionales, que funcionan sin embargo de manera satisfactoria cuando tanto los actores como los demandados son personas privadas. La Convención de Lugano establece la competencia de los

⁴⁴ Con ese mismo inconveniente tropezó el Comité Permanente que ticne a su cargo el estudio de la reforma del Convenio de París y de la Convención de Viena sobre responsabilidad por daños nucleares y su conclusión fue idéntica a la del Relator Especial.

tribunales nacionales de los Estados partes en la Convención para todos los casos de acciones por indemnización. No hace distinción alguna entre que el actor o el demandado sean una persona privada o un Estado. Pero conviene recordar que esta Convención se aplica en el marco de la Unión Europea, entre Estados de gran homogeneidad política y social entre los cuales es factible aceptar esta equiparación. En cambio, planteada una cuestión similar en los convenios relacionados con los daños de origen nuclear, como el Convenio de París y la Convención de Viena, y en el ámbito del Convenio de Basilea, hubo reservas por parte de los Estados para aceptar una solución análoga. Como un argumento adicional en contra de tal solución se adujo que los tribunales nacionales pueden encontrarse con dificultades cuando se trate de cuestiones como las relativas al daño al medio ambiente, por lo cual entre los elementos que el proyecto de protocolo del Convenio de Basilea, ya mencionado, propone que para la evaluación de los costos de limpieza y de las medidas de respuesta, así como para la apreciación del daño ambiental, debería considerarse un enfoque internacional como, por ejemplo, que los tribunales nacionales fueran asistidos por un cuerpo técnico internacional asesor, que sería consultado sobre una base opcional o compulsoria (art. X, párr. 28, apart. a)⁴⁵.

El Relator Especial ve dos alternativas en relación con el recurso a los tribunales nacionales y considerando que el actor es un Estado: a) establecer en los artículos la competencia de dichos tribunales, asistidos o no en la forma indicada al final del párrafo anterior; o b) la creación de un foro único para todas las disputas, tanto entre Estados entre sí como entre particulares y Estados o entre particulares entre sí: una comisión de reclamaciones en la línea de la propuesta de los Países Bajos en el Comité Permanente del OIEA. La propuesta de los Países Bajos contempla los diversos enfoques para obtener indemnización por daño nuclear originado en el exterior y considera la responsabilidad civil del explotador de una instalación nuclear invocada por: a) particulares o Estados por los daños sufridos, o b) un Estado en representación o como subrogante de individuos por daños que éstos sufrieron. Las ventajas que tendría un foro único constituido por un tribunal del estilo de una comisión internacional de reclamaciones serían:

a) El registro de todos los reclamos en un mismo lugar, lo que permitiría tener una visión de conjunto;

- b) El uso de la misma noción de «incidente» y de «daño nuclear» que puede dar lugar a compensación;
- c) Los mismos plazos dentro de los cuales las demandas por daños deben presentarse;
 - d) Las mismas causales de exención;
- e) Las mismas formas de compensación pagadas por las mismas fuentes hasta un cierto tope máximo dentro de un sistema de distribución equitativa.
- En la propuesta que se comenta, que trata de la responsabilidad por los daños nucleares, el tribunal se establecería después de producido un incidente y consistiría en un número de árbitros designados por el Estado de la instalación, igual número por el Estado actor o Estados actores y un número de árbitros designados por acuerdo entre el Estado de la instalación y el Estado actor o Estados actores. Debería tratar demandas de individuos y/o de Estados dirigidas contra el explotador o demandas de Estados víctimas contra el Estado de instalación. El mecanismo propuesto posibilitaría la utilización de ambos sistemas: la responsabilidad civil y la responsabilidad objetiva del Estado. Los Estados cuya responsabilidad podría llegar a estar comprometida podrían declarar (por ejemplo en el momento de la firma o ratificación del correspondiente instrumento internacional) que reconocen la competencia del tribunal para las demandas incoadas contra el Estado demandado (y no contra el explotador), ya sea por el Estado actor (o Estados actores) solamente o también por particulares. El carácter internacional y judicial del tribunal permitiría un arreglo justo e imparcial de los reclamos, incluso entre Estados.
- 108. Consciente de que tal propuesta encontró alguna resistencia entre los Estados miembros del Comité Permanente del OIEA, por renuencia de los Estados a someter sus disputas obligatoriamente a ese foro, el Grupo de Trabajo que estudia la formulación de un protocolo de responsabilidad para el Convenio de Basilea sugirió retomar para su proyecto la idea de una Comisión de Reclamaciones pero con una variante: dejar que el Estado de origen, o sea el Estado eventualmente demandado, tenga la opción de pedir, luego de producido un incidente, el establecimiento de la comisión de reclamaciones como foro único.

4. Particulares damnificados contra particulares responsables

109. Es el caso de la responsabilidad civil, para la cual son plenamente competentes los tribunales nacionales.

⁴⁵ Grupo de Trabajo constituido de expertos jurídicos y técnicos encargados de elaborar los elementos a incorporar en un Protocolo sobre la responsabilidad y la indemnización en caso de daños causados por los movimientos transfronterizos y la eliminación de desechos peligrosos y de otros desechos (véase nota 11 supra).

LISTA DE DOCUMENTOS DEL 46.º PERÍODO DE SESIONES

Signatura	Тиию	Observaciones y referencias		
A/CN 455	Programa provisional	Mimeografiado Para el pro- grama aprobado, véase <i>Anuario 1994</i> , vol II (segunda parte), cap I, párr 14		
A/CN 4/456	Vacantes imprevistas en la Comisión Nota de la Secretaría	Reproducido en el presente volumen		
A/CN 4/456 y Add 1 a 3	Ídem adiciones a la nota de la Secretaría Lista de candidatos y curriculum vitae	Mimeografiado		
A/CN 4/458 y Add 1 a 8	Observaciones recibidas de los Gobiernos en relación con el informe del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional	Reproducido en el presente volumen		
A/CN 4/459	Décimo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuen- cias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, del Sr Julio Barboza, Relator Especial	Ídem		
A/CN 4/460 [y Corr 1]	Duodécimo informe sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, del Sr Doudou Thiam, Relator Especial	Ídem		
A/CN 4/461 y Add 1, Add 2 [y Corr 1] y Add 3	Sexto informe sobre la responsabilidad de los Estados, del Sr Gaetano Arangio-Ruiz, Relator Especial	Ídem		
A/CN 4/462	Segundo informe sobre el derecho de los usos de los cursos de agua interna- cionales para fines distintos de la navegación, del Sr Robert Rosenstock, Relator Especial	Ídem		
A/CN 4/L 491 y Rev 1 y 2 [y Rev 2/Corr 1] y Rev 2/ Add 1 a 3	Informe del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional	Mimeografiado		
A/CN 4/L 492 [y Corr 1]	Proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación Títulos y textos de los artículos 1 a 33 aprobados por el Comité de Redacción en segunda lectura	Texto reproducido en Anuario 1994, vol I, acta resumida de la 2353 a sesion (párr 46)		
A/CN 4/L 492 y Add 1	Ídem proyecto de resolución aprobado por el Comité de Redacción	Ídem, acta resumida de la 2356 a sesión (párr 38)		
A/CN 4/L 493 y Add 1 [y Corr 1] y Add 2 [y Corr 1]	Proyecto de artículos, con los comentarios correspondientes, sobre el dere- cho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, aprobados por la CDI en segunda lectura	Texto reproducido en Anuario 1994, vol II (segunda parte), párr 222		
A/CN 4/L 494 [y Corr 1]	Proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional Títulos y textos aprobados por el Comité de Redacción en los períodos de sesiones 45 ° y 46 ° de la Comisión artículos 1, 2 (apartados a, b y c), 11 a 14 bis [20 bis], 15 a 16 bis y 17 a 20	Texto reproducido en Anuario 1994, vol I, actas resumidas de las sesiones 2362 a 2365 a		
A/CN 4/L 495 y Rev 1	Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labaor realizada en su 46 ° período de sesiones capítulo I (Organizacion del período de sesiones)	Mimeografiado Para el texto aprobado, véase Documentos Oficiales de la Asamblea General cuadragesimo noveno periodo de sesiones Suplemento N° 10 (A/49/10) El texto definitivo figura en Anuario 1994, vol II (segunda parte), pág 15		
A/CN 4/L496 y Add 1	Ídem capítulo II (Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguri- dad de la humanidad)	Ídem, pág 19		
A/CN 4/L 497 y Add 1	Ídem capítulo IV (Responsabilidad de los Estados)	Ídem, pág 145		
A/CN 4/L 498 y Add 1 y 2	Ídem capítulo V (Responsabilidad internacional por las consecuencias per- judiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional)	Ídem, pág 162		

Signatura	Titulo	Observaciones y referencias
A/CN.4/L.499		[Signatura no utilizada.]
A/CN.4/L.500	Ídem: capítulo III (El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación)	Mimeografiado. Para el texto aprobado, véase Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Supplemento N.º 10 (A/49/10). El texto definitivo figura en Anuario 1994, vol. II (segunda parte), pág. 94.
A/CN.4/L.501	Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. Títulos y textos de los artículos aprobados por el Comité de Redacción en los períodos de sesiones 45.º y 46.º de la Comisión	Texto reproducido en Anuario 1994, vol. I, acta resumida de la 2366.ª sesión (párr. 1).
A/CN.4/L.502	Informe del Grupo de Planificación. Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación	Mimeografiado.
A/CN.4/L.503 y Add.1 y 2	Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. Texto de los proyectos de artículos aprobados provisionalmente por la Comisión en su 46.º período de sesiones, con los comentarios correspondientes: artículos 1, 2 (apartados a, b y c), 11 a 14 bis [20 bis], 15 a 16 bis y 17 a 20	Reproducido en <i>Anuario</i> 1994, vol. II (segunda parte), párr. 380.
A/CN.4/L.504	Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 46.º período de sesiones: capítulo VI (Otras decisiones y conclusiones de la Comisión)	Mimeografiado. Para el texto aprobado, véase Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Supplemento N.º 10 (A/49/10). El texto definitivo figura en Anuario 1994, vol. II (segunda parte), pág. 189.
A/CN.4/SR.2328 a A/CN.4/ SR.2377	Actas resumidas provisionales de las sesiones 2328. ^a a 2377. ^a	Mimeografiado. El texto definitivo figura en <i>Anuario</i> 1994, vol. I.

كيفية الحصول على منشورات الأمم المتحدة

يمكن المحسول على منشورات الأمم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع أنحاء المائم. استملم عنسها مسن المكتبة التي تتمامل معها أو اكتب إلى: الأمم المتحدة، لسم البيع في نيويورك أو في جنيف.

如何购取联合国出版物

联合国出版物在全世界各地的书店和经售处均有发售。请向书店询问或写信到纽约或日内瓦的联合国销售组、

HOW TO OBTAIN UNITED NATIONS PUBLICATIONS

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Consult your bookstore or write to: United Nations, Sales Section, New York or Geneva.

COMMENT SE PROCURER LES PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES

Les publications des Nations Unies sont en vente dans les librairies et les agences dépositaires du monde entier. Informez-vous auprès de votre libraire ou adressez-vous à : Nations Unies, Section des ventes, New York ou Genève.

КАК ПОЛУЧИТЬ ИЗДАНИЯ ОРГАНИ ЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИИ

Издания Организации Объединенных Наций можно купить в книжных магазинах и агентствах во всех районах мира. Наводите справки об изданиях в вашем книжном магазине или пишите по адресу: Организация Объединенных Наций, Секция по продаже изданий, Нью-Йорк или Женева.

COMO CONSEGUIR PUBLICACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS

Las publicaciones de las Naciones Unidas están en venta en librerías y casas distribuidoras en todas partes del mundo. Consulte a su librero o diríjase a: Naciones Unidas, Sección de Ventas, Nueva York o Ginebra.

Complete set of two volumes: ISBN 92-1-333252-1