

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Se levanta la sesión a las 12.50 horas.

2154.ª SESIÓN

Miércoles 9 de mayo de 1990, a las 10 horas

Presidente: Sr. Jiuyong SHI

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

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

[Tema 5 del programa]

OCTAVO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL
(continuación)

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

1. El PRESIDENTE dice que de conformidad con el calendario acordado para este tema, las sesiones de la presente semana se dedicarán fundamentalmente, aunque no en forma exclusiva, al debate de la tercera parte del octavo informe del Relator Especial (A/CN.4/430 y Add.1), es decir, al establecimiento de un tribunal penal internacional.

2. El Sr. BARBOZA dice que durante el debate surgió la cuestión de si la complicidad y la tentativa son crímenes autónomos —como piensa el Relator Especial— y deben por lo tanto incluirse en la lista de crímenes, o si son únicamente una forma de ejecución de un crimen que debería figurar en la parte general del código. A su juicio, hay cierta razón para esta manera de ver la complicidad, pero debe tenerse en cuenta que los actos cometidos por un cómplice son siempre de carácter accesorio. Considerados por sí solos, no son entonces una forma de ejecución de un crimen. En cuanto a la tentativa, su característica es precisamente que la conducta del criminal se ve frustrada antes de que se cometa el crimen. En este caso, la tentativa no puede considerarse como una forma de ejecución de un crimen. Según lo manifestado, el Relator Especial considera que el lugar de la tentativa y la complicidad en el código no es tan importante. No pueden estar en los principios porque ciertamente no son principios, pero podrían figurar en la parte general, como en muchas convenciones internacionales.

3. Se plantea la cuestión de determinar la conveniencia de incluir una cierta definición de estas nociones. Como ha podido observar, numerosos e importantes instrumentos internacionales pertinentes declaran invariablemente que la complicidad y la tentativa son punibles, pero sin definir esos conceptos. A este respecto, señala a la atención de la Comisión el Principio VI de los Principios de Nuremberg⁶, el artículo 4 de la Convención internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios, de 1989, el inciso iv) del apartado c del párrafo 1 del artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupe-

facientes y sustancias sicotrópicas, de 1988, el artículo III de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, de 1948, y el artículo 1 de la Convención internacional contra la toma de rehenes, de 1979.

4. Como en estos instrumentos no hay una definición de la tentativa y la complicidad, los tribunales nacionales interpretarían estos términos de acuerdo a su derecho interno, lo que presenta el inconveniente de que las interpretaciones pueden ser diferentes. Para evitar esa dificultad, tal vez sea aconsejable que en el proyecto de código y en el comentario se incluyan algunas orientaciones básicas para delinear una doctrina internacional en la materia. En lo que respecta a la complicidad, el elemento esencial es su carácter accesorio; cabe señalar también que la noción de complicidad abarca actos cometidos con posterioridad a la ejecución del crimen principal. En la tentativa, las ideas más importantes que cabe destacar son el hecho de que la tentativa entraña un principio de ejecución del crimen y que la frustración se produce por causas ajenas a la voluntad del presunto autor. Sobre la base de estas orientaciones, los jueces deberán distinguir entre los actos preparatorios y el principio de ejecución del crimen.

5. Otra cuestión que ha de decidirse es si se incluye una definición del autor principal. De hecho, el proyecto de código define cada uno de los diversos crímenes en él enumerados y esas definiciones dan una indirecta pero completa descripción del autor. En el debate se ha citado la Convención internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios como ejemplo de un instrumento que describe al autor de un crimen. Sin embargo, de hecho, la Convención describe al mercenario, no al autor, es decir, a la persona que recluta, utiliza, financia o entrena al mercenario, puesto que de conformidad con el artículo 3 de esa Convención, el mercenario sólo comete un delito cuando participa directamente en hostilidades o en un acto concertado de violencia.

6. Otra cuestión que también debe aclararse es la distinción entre el coautor y el cómplice. Por ejemplo, el instigador de un crimen es un coautor y no un mero cómplice.

7. En lo que respecta a la conspiración, la cláusula preliminar del proyecto de artículo 16 y la definición que se hace en el párrafo 1 son aceptables, aun si se aprueba el párrafo 2 de la segunda variante. De conformidad con esa segunda variante, en caso de conspiración, la responsabilidad sería personal, puesto que cada participante sería castigado con arreglo a su propia participación, independientemente de la de otros. En cambio, en la primera variante, la responsabilidad prevista es de orden colectivo.

8. En crímenes como la agresión, la noción de conspiración abarca lo que normalmente son los actos preparatorios. El hecho de que en ciertas legislaciones la conspiración sea un delito punible autónomamente se debe al deseo de proteger ciertos intereses fundamentales. Es un conocido mecanismo jurídico para una mayor protección. Por ejemplo, en algunos países, el mero hecho de tener placas para falsificar billetes es en sí un delito, aunque no se hayan utilizado. Análogamente, en algunos países, poseer armas de fuego constituye un delito. También muchas legislaciones nacionales castigan como delito autónomo la participación en un plan concertado para la ejecución de un delito, aunque ese delito no se haya cometido. Sin embargo, el texto propuesto como primera

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

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

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

⁴ *Ibid.*

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

⁶ Véase 2151.ª sesión, nota 11.

variante del párrafo 2 trata al mismo tiempo del crimen autónomo de conspiración, del que cada participante es responsable, y de la responsabilidad de cada participante por los crímenes cometidos por otros. En el 38.º período de sesiones de la Comisión en 1986, había expresado ya sus reservas a este respecto. Esta forma de responsabilidad criminal rebasa el marco previsto habitualmente en los sistemas de derecho civil que conoce. El concepto de conspiración es ajeno a esos sistemas jurídicos, pero como existe en el *common law*, particularmente celoso de proteger la libertad personal, está dispuesto a aceptar ese concepto si la Comisión lo aprueba como una forma de defensa de la sociedad contra la criminalidad organizada.

9. Por último, puede estar de acuerdo con la idea de que se incluya en el código el tráfico ilícito de estupefacientes, pero dentro de los crímenes contra la humanidad y no los crímenes contra la paz. Comparte la opinión de que sólo debe abarcar los crímenes en gran escala.

10. El Sr. KOROMA felicita al Relator Especial por la habilidad con que ha tratado el tema en su octavo informe (A/CN.4/430 y Add.1), pues las complejas nociones de complicidad, conspiración y tentativa, propias del derecho penal interno, son difíciles de trasladar al derecho internacional.

11. En el debate han surgido dos posiciones principales; algunos miembros mantienen que las nociones de complicidad, conspiración y tentativa deben figurar en la parte del proyecto de código junto con los principios generales, mientras que otros sostienen que se deben considerar como delitos separados. A este respecto, es oportuno referirse a los Principios de Nuremberg formulados por la Comisión en 1950⁷ y aprobados por la Asamblea General. Esos Principios son tal vez susceptibles de un ajuste sobre la base de la experiencia o de la evolución de las circunstancias, pero su respeto se impone no sólo por la forma en que fueron aprobados sino también porque en su elaboración participaron algunos de los juristas más calificados de la época. Los Principios son un reflejo de la necesidad histórica y de la integridad jurídica y, por haber sido ratificados en 1946 por la Asamblea General⁸, no cabría objetar su falta de validez.

12. Por su parte, no tiene objeción a la sugerencia de que la complicidad, la conspiración y la tentativa se incluyan en la parte general del código, pero considera que se debe mantener también su carácter de crímenes específicos. Como es bien sabido, el motivo principal de que se codificaran los Principios de Nuremberg se debió al deseo de solucionar los problemas dimanantes de una falta de definiciones claras de los crímenes y las penas. En un código como el que se examina, los crímenes deben estar especificados: sólo así podrá el fiscal presentar las pruebas necesarias contra el acusado y el acusado conocer la naturaleza específica del crimen del que se le acusa y de las pruebas presentadas contra él. Así, si todas las personas fueran acusadas como meros «participantes», jurídicamente no sería suficiente. En este caso, la tarea del Fiscal sería difícil, o prácticamente imposible, dado que las pruebas pueden muy bien ser diferentes respecto del autor principal, del cómplice que participa antes de la ejecución del hecho y del que participa después de cometido el crimen. Ade-

más, el acusado puede recurrir a toda una serie de medios de defensa —las exenciones de legítima defensa, estado de necesidad, fuerza mayor, obediencia debida, error de derecho o de hecho— y si la acusación no es suficientemente específica, su propósito puede frustrarse y el acusado quedar libre.

13. Por consiguiente, a los efectos de la imputación de responsabilidad jurídica, se deberán definir las diversas formas que reviste la responsabilidad de los acusados, y lo mismo deberá hacerse respecto de la prueba; la sanción que se imponga dependerá de la acusación formulada contra cada persona. Así, se respetarían los principios *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*.

14. El mejor enfoque sería tal vez que en primer término se definieran la complicidad, la conspiración y la tentativa como categorías de crímenes, para examinar ulteriormente la cuestión de si se deben considerar crímenes autónomos. Es de lamentar que el informe del Relator Especial no contenga una definición de esos crímenes. Ese informe se limita a señalar que los actos enumerados constituyen crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, agregando que la participación como cómplice en cualquiera de los crímenes previstos en el código es punible. No se hace ninguna referencia a lo que es un cómplice. Por su parte, sugiere una definición sencilla, que podría ser la siguiente: «Toda persona que presta ayuda o asistencia, o aconseja o encubre la ejecución de cualquiera de los crímenes definidos en el presente Código, podrá ser enjuiciada o será culpable de este crimen».

15. Análogamente, la conspiración podría definirse como un delito en el que dos o más personas se conciertan para actuar de consuno con la finalidad común de cometer cualquiera de los crímenes definidos en el código; cabría señalar también que cada una de esas personas sería culpable de conspirar para cometer el crimen. Una definición de esta naturaleza destaca más claramente la doble responsabilidad —individual y colectiva— inherente a la conspiración, como ha señalado el Relator Especial (*ibid.*, párr. 45).

16. La responsabilidad individual por la ejecución de un crimen definido en el código surgiría en el caso de que una persona, actuando sobre la base de la voluntad, el conocimiento o la imprudencia, cometiera un acto en violación de cualquiera de las disposiciones del código. La responsabilidad colectiva, distinta de la responsabilidad individual, surgiría en el caso de que una persona, actuando de concierto con otras y sobre la base de la voluntad, el conocimiento o la imprudencia, participara en un acto ilegal en contravención del código y siempre que la ejecución de ese acto pueda imputarse tanto a una persona jurídica como a cada individuo que ha participado en el proceso de decisión o en la ejecución de la decisión de cometer el acto. Evidentemente, la naturaleza del crimen es de gran importancia para determinar la naturaleza de la responsabilidad criminal en cada caso, dado que ciertos crímenes como la agresión, el genocidio y el *apartheid* no pueden ser el crimen de una persona sino que requieren la participación de un grupo o una acción colectiva. Es comprensible que se desee ampliar el ámbito de la responsabilidad colectiva en los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad; las bases jurídicas para ello se señalan claramente en el informe del Relator Especial (*ibid.*, párr. 55).

⁷ *Ibid.*

⁸ Resolución 95 (I) de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 1946.

17. La sugerencia del Relator Especial de que no se descarte la noción de tentativa le parece acertada. En teoría, esta noción puede parecer misteriosa o incluso oscura, pero tiene importancia a los efectos de prevenir la comisión de un crimen o, en otros términos, es un factor disuasivo. El Relator Especial advierte que la teoría de la tentativa tiene una aplicación limitada en el ámbito de los crímenes que se examinan (*ibid.*, párr. 66).

18. En lo que respecta a la cuestión de si se puede cometer tentativa de crimen de genocidio o *apartheid*, la respuesta es afirmativa. De conformidad con la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, de 1948, los Estados partes convienen en que el genocidio, así como la asociación para cometerlo o la instigación, la tentativa o la complicidad para cometerlo, serán castigados por los tribunales nacionales o una corte penal internacional. En lo que respecta al crimen de *apartheid*, es perfectamente concebible la tentativa de asesinar o causar lesiones corporales graves o daños síquicos a miembros de un grupo racial con el fin de establecer y mantener la dominación de un grupo racial sobre otro y su opresión sistemática. Por ello, el enfoque ha de centrarse en los actos criminales concretos que constituyen el crimen principal, y no en el crimen principal como entidad abstracta; en última instancia, si se quiere, el *apartheid* no es más que un término técnico. Lo que debe tenerse en cuenta son los actos específicos cometidos en el marco del crimen principal, ya se trate de genocidio o de *apartheid*.

19. Hay razones suficientes para incluir en el proyecto de código el tráfico internacional de estupefacientes. Es de lamentar tal vez que el Relator Especial no haya buscado en la historia pruebas de que el tráfico de estupefacientes es un crimen contra la paz; aunque son escasas, esas pruebas existen, como lo mencionó de paso el Sr. Shi en la sesión anterior. Sin embargo, en su opinión, la Comisión tendría un fundamento más sólido para calificar el tráfico de estupefacientes como crimen contra la humanidad. Una declaración reciente en la materia del Presidente de Colombia confirma este enfoque.

20. Se ha sugerido que no se castigue el tráfico de drogas en el plano internacional salvo que entrañe una cantidad considerable de drogas. Debido a la dificultad de establecer qué constituye una cantidad considerable de una droga determinada y al hecho de que el Relator Especial no ha proporcionado orientaciones a este respecto, le parece que el elemento cantidad no debería tenerse en cuenta. El fundamento jurídico del artículo propuesto debe radicar en las convenciones internacionales ya en vigor en materia de estupefacientes.

21. El Sr. PAWLAK dice que, en principio y con ciertas condiciones, es partidario de que se establezca un tribunal penal internacional como órgano judicial autónomo para el enjuiciamiento de individuos, ya sea de particulares o de funcionarios acusados de crímenes sobre los cuales el tribunal tiene jurisdicción en virtud del código o de otras convenciones internacionales. La urgencia de que se establezca ese tribunal se ha destacado de forma elocuente, por ejemplo, en el memorando explicativo presentado por la Representante Permanente de Trinidad y Tabago⁹ antes del cuadragésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General, en relación con la propuesta de establecer un

tribunal penal internacional que tenga jurisdicción sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y otras actividades delictivas transnacionales. La comunidad internacional es cada vez más consciente de que ciertas modalidades de crímenes han llegado a revestir tal dimensión transnacional que exigen la adopción de medidas por parte de una mayoría o, si cabe, de todos los Estados. La producción y el tráfico ilícitos de estupefacientes pertenecen actualmente a esa categoría.

22. La principal insuficiencia del derecho internacional contemporáneo radica en el problema de ejecución de sus disposiciones y la falta de mecanismos eficaces para la imposición de sanciones. Además de las infracciones que tradicionalmente se consideran como crímenes internacionales, el mundo observa el surgimiento de delincuentes particulares con poder suficiente para poner en peligro la seguridad de todos los Estados y partir en guerra contra gobiernos enteros. Para reprimir estas modalidades del crimen, los Estados han ampliado sus tratados de extradición o aplicado su legislación penal nacional por medio de la cooperación mutua y el traslado de los procedimientos, pero esos medios tradicionales no bastan para combatir los delitos relacionados con los estupefacientes y se requieren nuevas modalidades de cooperación internacional. A este respecto, convendría estudiar si se lograrían resultados más concretos si el problema del establecimiento de un tribunal penal internacional se enfocara sobre la base de la fuerza ejecutoria de sus sentencias respecto de una categoría bien definida de crímenes y dejando de lado el enfoque metodológico tradicional. Tal vez se deban superar ciertos hábitos intelectuales tradicionales. Por su parte, el orador apoya decididamente el principio de que los sujetos de la jurisdicción internacional han de ser los individuos y no los Estados, pero es posible que muchos Estados estén hoy más dispuestos que antes a someter a sus nacionales a la jurisdicción de un tribunal penal internacional y a prestar asistencia a ese tribunal en cuanto a los aspectos jurídicos y procesales.

23. Refiriéndose al cuestionario que figura en la tercera parte del octavo informe (A/CN.4/430 y Add.1) y en relación con la competencia del tribunal, el orador apoya la variante B presentada por el Relator Especial (*ibid.*, párr. 80), sin perjuicio de algunas modificaciones de detalle, y está plenamente de acuerdo con las conclusiones del Relator Especial (*ibid.*, párr. 83).

24. A reserva de que haya una amplia adhesión al convenio sobre el estatuto del futuro tribunal y otros acuerdos internacionales de lucha contra la criminalidad internacional, preferiría que los jueces fueran elegidos por la Asamblea General, por lo que apoya la variante A (*ibid.*, párr. 86). Si las elecciones se celebran en los períodos de sesiones ordinarios, no será necesario que la Asamblea General sea convocada por el Secretario General de las Naciones Unidas. Por otra parte, se debería exigir una mayoría calificada de dos tercios en lugar de la mayoría absoluta.

25. En lo que respecta al sometimiento de casos al conocimiento del tribunal, prefiere la variante C (*ibid.*, párr. 88), siempre que los asuntos puedan ser sometidos por cualquier Estado Miembro de las Naciones Unidas a reserva del acuerdo de la Asamblea General.

26. En cuanto a las funciones del ministerio público, apoya la variante A (*ibid.*, párr. 90). En su opinión, no hay

⁹ A/44/195, anexo.

peligro de confusión entre el fiscal y el agente de un Estado ya que sus funciones son claramente diferentes.

27. El texto propuesto por el Relator Especial sobre la cuestión de la instrucción (*ibid.*, párr. 92) es aceptable, aunque se debe afinar la redacción, por ejemplo, para hacer referencia a la nacionalidad de los miembros de la sala de instrucción propuesta.

28. En cuanto a la autoridad de la cosa juzgada por la jurisdicción de un Estado, la variante B (*ibid.*, párr. 93) se adapta mejor a la naturaleza de los crímenes internacionales. El principio de *non bis in idem* debe considerarse más como una orientación que como justificación de las sentencias indulgentes de algunos tribunales nacionales.

29. El orador apoya la propuesta del Relator Especial en lo que respecta a la autoridad de la cosa juzgada por el tribunal (*ibid.*, párr. 96); en efecto, no hay otra solución posible. En relación con el desistimiento de la querrela, le parece preferible la variante B (*ibid.*, párr. 98). En cuanto a las penas, apoya la variante A (*ibid.*, párr. 101), por considerar que el tribunal penal internacional no debe estar limitado en cuanto a la gravedad de la pena que pueda imponer.

30. Por último, en lo que respecta a las disposiciones financieras, le parece mejor la variante A (*ibid.*, párr. 106) porque daría al tribunal una sensación de independencia respecto de los distintos Estados. Sin embargo, si el estatuto del tribunal no se aceptara universalmente, se debería adoptar el principio de la financiación *pro rata*.

31. El Sr. GRAEFRATH dice que aprecia mucho la decisión del Relator Especial de presentar la tercera parte de su octavo informe (A/CN.4/430 y Add.1) como cuestionario, ya que así se atiende la petición hecha por la Asamblea General en su resolución 44/39 de 4 de diciembre de 1989 a la Comisión de que emita una opinión jurídica sobre la cuestión de establecer un tribunal penal internacional u otro mecanismo de justicia penal internacional que tenga jurisdicción sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y otras actividades delictivas transnacionales.

32. Aunque el cuestionario presentado no tiene específicamente el propósito de ayudar a la Comisión a elaborar el documento solicitado por la Asamblea General, será muy útil en ese sentido. Como señaló en la sesión de apertura, cuando la Asamblea General aprobó por consenso la resolución 44/39, no pidió a la CDI que redactara el estatuto de un tribunal penal internacional ni decidió darle una respuesta afirmativa a la cuestión planteada por la Comisión en 1983 sobre si su mandato para redactar el código abarcaba la redacción de ese estatuto. La Asamblea pidió a la Comisión que elaborara un documento sobre las diversas soluciones posibles respecto de todas las cuestiones y los aspectos que se deberían tener en cuenta al adoptar una decisión en la materia. Se ha pedido a la Comisión una opinión jurídica a fin de preparar el terreno y de facilitar la decisión política que ha de adoptar la Asamblea General sobre esa importante y trascendental cuestión.

33. La cuestión de un tribunal penal internacional se ha planteado reiteradamente en los últimos 40 años, sin que se haya llegado a una solución satisfactoria. Es evidente que los Estados no han estado dispuestos a adoptar una decisión sobre una cuestión tan íntimamente relacionada con el principio de la soberanía estatal, por una parte, y, por la

otra, con la elaboración por etapas de un orden jurídico internacional. El establecimiento de ese tribunal sería un paso histórico en el desarrollo progresivo del derecho internacional, y en su enfoque se requieren gran cautela y reserva. La petición de la Asamblea General y, en cierta medida, el informe-cuestionario del Relator Especial ayudarán a la Comisión a resistir la tentación de elaborar de inmediato un proyecto de estatuto y la obligarán a reflexionar primero sobre las diversas posibilidades que existen en cuanto a una organización viable y a la competencia de un tribunal penal internacional. La idea de que el tribunal puede establecerse sólo de una determinada manera sería un grave error; en las circunstancias internacionales actuales, se ha de examinar sin apresuramiento la concepción más apropiada.

34. Así, sería muy diferente si el tribunal tuviera jurisdicción exclusiva sobre determinados crímenes o sólo jurisdicción simultánea con los tribunales nacionales; si funcionara como tribunal de primera instancia o como tribunal habilitado para la revisión de las sentencias nacionales definitivas a fin de garantizar la objetividad y la uniformidad de la jurisprudencia; si todos los Estados o sólo los Estados interesados tuvieran acceso al tribunal; y si éste dependiera o no de otros organismos de las Naciones Unidas. Estas y otras cuestiones análogas deberían examinarse para facilitar una decisión política clara de la Asamblea General, lo que a su vez habilitaría a la Comisión para elaborar un estatuto en consonancia con la voluntad jurídica de la mayoría de los Estados y dar al tribunal la posibilidad de un funcionamiento eficaz. Desde un primer momento, la Comisión debe esforzarse por proponer un tribunal que no esté condenado a la impotencia y contribuya a estabilizar las relaciones internacionales, asegurar la observancia de los principios básicos del derecho internacional y promover el arreglo pacífico de las controversias entre Estados. Es necesario que el tribunal internacional tenga un lugar en el ordenamiento jurídico internacional y sea capaz de ampliar paulatinamente su competencia e importancia.

35. A lo largo de los años, muchos Estados han expresado diferentes posiciones y objeciones; en particular, se ha solido argumentar que no ha llegado todavía el momento de crear ese tribunal, o que éste podría ser un obstáculo para las jurisdicciones nacionales existentes y el sistema de jurisdicción universal previsto en varios tratados multilaterales en la esfera del enjuiciamiento y el castigo de los crímenes internacionales. La Comisión debe examinar las ventajas e inconvenientes que presentaría un tribunal penal internacional respecto de los actuales procedimientos para el enjuiciamiento de los criminales. La Comisión también debe aclarar por qué la necesidad de un tribunal penal internacional es una cuestión que reviste ahora más urgencia que hace 40 años y por qué en el marco de las relaciones internacionales actuales el establecimiento de ese tribunal es más viable que en el pasado. Otra cuestión estrechamente relacionada es si el establecimiento de un tribunal o de un mecanismo judicial análogo es aconsejable o posible en el contexto de las relaciones internacionales del momento.

36. La respuesta a ambas preguntas dependerá en gran medida de la organización y competencia previstas para el tribunal. Esos factores también determinarán la respuesta a una pregunta que, si bien se ha solido plantear, rara vez

se ha examinado, a saber, las repercusiones jurídicas en la soberanía de los Estados del establecimiento de una jurisdicción penal internacional. Se suele olvidar que, en la práctica, la jurisdicción universal entrañará una limitación considerable de la soberanía, particularmente en lo que respecta a los crímenes a que se refiere el proyecto de código. Este, y no un posible caos en la jurisdicción penal, es el motivo principal por el que algunos Estados se oponen firmemente al principio de la jurisdicción universal en relación con el proyecto de código. Por otra parte, es evidente que la medida en que la jurisdicción nacional se vea afectada por el establecimiento de un tribunal dependerá mucho de que ese tribunal esté concebido como un sustituto, un rival o un complemento de la jurisdicción nacional.

37. Otra cuestión importante es la naturaleza de los crímenes que ha de conocer el tribunal y si se debe facultar a los Estados para excluir la competencia del tribunal respecto de determinados crímenes. Además se ha solido plantear, incluso en la Comisión, la cuestión de la influencia que tendría un juicio seguido ante un tribunal penal internacional en un conflicto existente entre Estados o en un procedimiento en curso en las Naciones Unidas.

38. Esas consideraciones de política jurídica tendrán ciertamente una gran resonancia en las cuestiones jurídicas relativas al establecimiento de un tribunal penal internacional, a su organización y a su competencia. En su opinión jurídica, la Comisión debe señalar a la atención de los Estados y de la Asamblea General las consecuencias jurídicas diferentes de cada posible solución. También la propia Comisión debe tener en cuenta este aspecto en su examen de la tercera parte del informe del Relator Especial.

39. Si bien el Relator Especial señala con razón que la competencia del tribunal debería limitarse al enjuiciamiento de las personas, la Comisión debería de todos modos examinar si no es necesaria también una competencia para el enjuiciamiento de las personas jurídicas o las entidades distintas de los Estados, al menos en el caso de determinados crímenes. Asimismo, el orador está de acuerdo con el Relator Especial en que la competencia del tribunal no debe limitarse a los crímenes a que se refiere el código, ni a determinados crímenes internacionales definidos en instrumentos internacionales específicos. Si se decide establecer un tribunal penal internacional, debería haber sólo un tribunal de esa naturaleza y no toda una serie de tribunales, circunscrito cada uno a determinados crímenes internacionales. Sin embargo, también se plantea la cuestión de determinar si la competencia del tribunal debería abarcar los crímenes tipificados sobre la base del derecho internacional consuetudinario o del derecho interno de los Estados de que se trate. Por su parte, no sería partidario de una ampliación tal del ámbito de la ley aplicable.

40. La Comisión no puede examinar el problema de la competencia sin decidir el tipo de acciones que pueden entablarse ante el tribunal. ¿Se desea un tribunal de primera instancia o sólo un tribunal de revisión de las sentencias definitivas de los tribunales nacionales? El tribunal ¿ha de ser competente para emitir opiniones jurídicas obligatorias sobre cuestiones de derecho penal internacional o debe determinar la existencia de indicios *prima facie* de actividades criminales internacionales a los efectos de iniciar las acciones ante un tribunal nacional? Por el momento, sería aconsejable que se estableciera con el carácter de tribunal de revisión competente también para emi-

tir opiniones jurídicas obligatorias, si se solicitan. Esa competencia facilitaría en gran medida el establecimiento del tribunal; sería fácil armonizarla con los sistemas existentes de jurisdicción universal; promovería la cooperación entre los Estados y favorecería una aplicación uniforme del derecho internacional.

41. La necesidad de un ministerio público, de una sala de instrucción o de una comisión internacional de investigación penal depende también de la decisión que se adopte sobre la competencia del tribunal. Si éste se establece con el objeto de que revise las decisiones nacionales en la esfera del derecho penal internacional, bastaría tal vez la denuncia fundamentada del Estado interesado y no sería necesario ningún otro tipo de ministerio público. A este respecto, se suscita la cuestión del sometimiento de asuntos al conocimiento del tribunal y del derecho a entablar acciones o solicitar una opinión jurídica. Las posibilidades a este respecto son numerosas, pero tal vez sea contraproducente dejar la puerta demasiado abierta. Sería preferible que se limitara el acceso al tribunal a los Estados interesados, que pueden ser los Estados en los que se ha cometido el crimen, los Estados cuyos nacionales están implicados o los Estados en cuyo territorio se encontró al autor. En el caso de que el tribunal tenga competencia para la revisión de las sentencias definitivas de los tribunales nacionales, sería útil que se limitara el acceso al tribunal a los Estados que aleguen que el Estado en cuyo territorio se ha encontrado al presunto delincuente no ha iniciado ninguna acción o que el fallo emitido en otro Estado respecto de un caso comprendido en el ámbito de aplicación del código es insuficiente, siempre que el crimen se haya dirigido contra el Estado querellante, que se haya cometido en su territorio o que sus nacionales hayan sido sancionados por otro Estado. Así pues, las cuestiones relativas al sometimiento de asuntos al conocimiento del tribunal parecen ser de un alcance y una complejidad mucho más amplios que los señalados en el informe.

42. Otra cuestión a que se refiere el Relator Especial es la atribución de competencia al tribunal. Respecto a la variante A presentada por el Relator Especial (A/CN.4/430 y Add.1, párr. 84), el orador señala que el artículo 27 del proyecto de estatuto (*ibid.*, párr. 85) de 1953 requiere la atribución de competencia no por parte de alguno de los Estados interesados, sino por el Estado del cual el autor es nacional y por el Estado en el que se alegue se ha cometido el delito. Desde luego, esto sería una cláusula restrictiva inadmisibles.

43. Por otra parte, ¿tendrá el tribunal jurisdicción exclusiva o los tribunales nacionales seguirían manteniendo paralelamente su competencia? El proyecto de estatuto de 1953 favorece una jurisdicción paralela, y lo mismo sucede en proyectos recientes de la Asociación de Derecho Internacional. Esa solución, que a pesar de las posibilidades que ofrece puede suscitar graves problemas, fue propuesta porque los Estados no estaban preparados para renunciar a su jurisdicción sobre los crímenes cometidos en su territorio o que afectasen su propia existencia.

44. También sería importante que se determinaran los métodos de atribución de jurisdicción: mediante convención, declaración unilateral, acuerdos *ad hoc* u otros medios. Pero las principales repercusiones del establecimiento de un tribunal penal internacional no se refieren a la cuestión de la *res judicata*, sino a la cuestión de si la ju-

jurisdicción del tribunal ha de reemplazar a las jurisdicciones nacionales o si sólo será una posibilidad más que se ofrece a los Estados interesados.

45. En lo que respecta a la relación entre las sentencias de los tribunales nacionales y la competencia del tribunal, es preferible la variante B presentada por el Relator Especial (*ibid.*, párr. 93): el tribunal podrá conocer de un asunto ya juzgado por la jurisdicción de un Estado (o respecto del cual no se haya iniciado la acción penal) cuando el Estado en cuyo territorio se haya cometido el crimen o contra el cual se haya cometido el crimen, o aquel cuyos ciudadanos hayan sido víctimas del crimen (o cuya ciudadanía tenga la persona condenada) tenga razones para considerar que el fallo pronunciado por el primer Estado (o la decisión de no iniciar la acción penal) no corresponda a una apreciación correcta del derecho o de los hechos. En el presente caso, la disposición no debe contener una norma de excepción sino la norma principal que determine la competencia del tribunal.

46. El Sr. Graefrath está de acuerdo con la propuesta del Relator Especial (*ibid.*, párr. 96) de que ningún tribunal nacional conozca de un asunto respecto del que ya se haya atribuido competencia al tribunal, pero esa formulación deja en pie el problema de si un Estado interesado puede someter al conocimiento del tribunal internacional un asunto que está siendo juzgado por un tribunal de otro Estado. Esta posibilidad no es admisible y los Estados partes deberían esperar hasta que el tribunal nacional haya dictado la sentencia definitiva. Todas estas cuestiones tienen importancia no sólo para evitar los conflictos de jurisdicción, sino también los conflictos políticos entre Estados. La Comisión debe preferir siempre las soluciones que estimulen la cooperación entre los Estados.

47. Se plantean también algunas importantes cuestiones de procedimiento, como el derecho procesal que ha de aplicar el tribunal y la posibilidad de apelación. Si el tribunal ha de ser de primera instancia, tendrá que existir la posibilidad de apelar, en consonancia con el derecho humano fundamental enunciado en el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ello no será necesario si la competencia del tribunal se limita a la revisión de sentencias nacionales en la esfera del derecho penal internacional. La Comisión también debe reflexionar sobre los procedimientos más convenientes para la ejecución de los fallos del tribunal y tal vez sean necesarias algunas disposiciones sobre asistencia mutua en la esfera penal internacional a solicitud del tribunal. La Comisión también deberá decidir otras cuestiones, como la modalidad de establecimiento del tribunal y su relación con las Naciones Unidas.

48. Uno de los principales objetivos del presente debate es determinar exactamente las cuestiones y los problemas que deberá examinar el documento sobre las distintas soluciones que han de prepararse para la Asamblea General. La Comisión tendrá que examinar las cuestiones que el orador ha mencionado, y otras sin duda, para exponer las consecuencias de los distintos enfoques posibles, y deberá dar su opinión sobre la conveniencia y viabilidad de las soluciones expuestas.

49. El Sr. CALERO RODRIGUES dice que no sería una novedad que la Comisión elabore un estatuto de un tribunal penal internacional: el proyecto de estatuto revisado

preparado por la Comisión de Jurisdicción Penal Internacional de 1953¹⁰ destaca por sus excelentes características técnicas y será de mucha utilidad. El Relator Especial es prudente al sugerir que la Comisión se limite inicialmente al examen general de algunas cuestiones respecto de las cuales se deberá optar entre distintas posibilidades, y el enfoque de su «informe-cuestionario» es apropiado.

50. En lo que respecta a la competencia, el tribunal que se establezca en el marco del proyecto de código deberá tener jurisdicción sobre las personas acusadas de cometer los crímenes definidos en el código. La variante B presentada por el Relator Especial en su octavo informe (A/CN.4/430 y Add.1, párr. 80) sugiere que se atribuya al tribunal competencia para juzgar a personas acusadas de «otras infracciones definidas como delitos por los demás instrumentos internacionales en vigor», y señala así los límites a la ampliación de la esfera de competencia del tribunal, pero, con toda razón, excluye cualquier referencia al derecho consuetudinario. El código no abarca todos los crímenes internacionales, pero la definición de esos crímenes en otros instrumentos que no sean el código suele ser vaga, como se desprende de la enumeración del Relator Especial (*ibid.*, párr. 81). La limitación de los crímenes que son de la competencia del tribunal a los crímenes definidos en instrumentos internacionales introduce cierta certidumbre, pero no es suficiente. ¿Es el propósito de la Comisión que la persona acusada de cometer un crimen definido en un instrumento internacional quede automáticamente bajo la jurisdicción del tribunal? De ser así, ¿cómo se soluciona el problema de las penas? La idea de la «competencia más amplia que sea posible» (*ibid.*, párr. 83) es aceptable, pero requiere una definición cuidadosa. La competencia del tribunal debería circunscribirse fundamentalmente a los crímenes definidos en el código, dejando abierta la posibilidad de ampliar sus alcances a los crímenes definidos en otros instrumentos internacionales siempre que en ellos se reconozca expresamente la competencia del tribunal. Las partes en los instrumentos internacionales existentes podrán complementarlos fácilmente mediante una disposición que reconozca esa competencia.

51. En cuanto al papel de los Estados en el ejercicio de la jurisdicción, la única propuesta aceptable de las dos variantes presentadas por el Relator Especial (*ibid.*, párr. 84) es la de que sencillamente su papel se vincula a la iniciación de la acción penal. No hay ninguna razón para que no se aplique a una institución internacional el principio de la independencia del poder judicial. Un tribunal penal internacional establecido para conocer de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad debe estar facultado para conocer de las denuncias sobre la comisión de un crimen y para castigar a los autores. En el derecho penal interno, sólo se enjuicia a ciertas personas cuando existe una denuncia de la víctima, pero en el caso de crímenes más graves, la activación del mecanismo judicial es una cuestión de política pública. La gravedad de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y el interés común de que se haga justicia son de tal naturaleza que ningún Estado debería poder impedir o paralizar la acción del tribunal.

52. Parece lógico que la instrucción se encomiende a la oficina del ministerio público anexa al tribunal, y el inte-

¹⁰ Véase 2150.ª sesión, nota 8.

rés de la justicia aconseja decididamente la existencia de un ministerio público permanente. Los Estados deberían estar facultados para señalar a la atención del ministerio público los indicios de que se ha cometido un crimen, pero su acción debería limitarse a ello y la responsabilidad fundamental de presentar el caso al tribunal debería corresponder al ministerio público. Los Estados también deberían estar facultados para nombrar representantes encargados del seguimiento de sus acciones, pero el ministerio público deberá decidir si hay motivos para someter el asunto al conocimiento del tribunal. De ahí que no sea aceptable ninguna de las tres variantes presentadas por el Relator Especial respecto de la atribución de competencia (*ibid.*, párr. 88), ni su sugerencia en la variante A sobre el ministerio público (*ibid.*, párr. 90) de que éste sea nombrado por el querellante. El ministerio público debe desempeñar un funcionario permanente y tener las funciones que se señalan en la variante B, además de participar en la etapa de instrucción a cargo de la sala de instrucción.

53. En cuanto a las penas, con arreglo a cualquiera de las tres variantes presentadas (*ibid.*, párr. 101), el tribunal gozaría de una libertad plena o casi plena. Este tribunal, al igual que cualquier otro, debería tener cierto margen para graduar las penas según el delito y el grado de participación de la persona implicada, pero el hecho de dar al tribunal la facultad de imponer «cualquier pena que estime justa» iría contra principios básicos del derecho penal. El código debería individualizar las penas. En su opinión, que ha sostenido durante muchos años y que es compartida por la mayoría de los miembros de la Comisión, para que el código sea un instrumento útil debe definir los crímenes, indicar la jurisdicción y fijar las penas. Finalmente, la Comisión ha dejado de centrar su atención en la definición de los crímenes para pasar a la cuestión de la jurisdicción y también deberá hacer frente a la cuestión de las penas.

54. Con razón, el Relator Especial no ha prestado demasiada atención a las cuestiones de organización y financiación del tribunal, que no dan lugar a cuestiones fundamentales en el plano jurídico. La solución definitiva sólo podrá adoptarse en una etapa ulterior. Si el proyecto de código y el proyecto de estatuto del tribunal pasan a constituir un cuerpo de derecho internacional generalmente aceptado por la comunidad internacional, se podría vincular el tribunal a las Naciones Unidas. Si el código y el tribunal son, desgraciadamente, un reflejo de la voluntad de un número limitado de Estados, esos Estados deberán nombrar a los jueces y contribuir a la financiación del tribunal.

55. En lo que respecta a la aplicación por el tribunal del principio *non bis in idem* en relación con los fallos de los tribunales nacionales, la variante A propuesta (*ibid.*, párr. 93) reafirma el principio enunciado en el párrafo 2 del artículo 7 del proyecto de código aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura¹¹, y, por su parte, la variante B permite la posibilidad de que el tribunal conozca de un asunto cuando determinados Estados tengan razones para considerar que el fallo pronunciado por el primer Estado «no corresponde a una apreciación correcta del derecho o de los hechos». Esta excepción se equipara en cierta medida a la excepción enunciada en el párrafo 4 del artículo 7. La correlación no es más exacta

porque el artículo 7 fue redactado sin que se solucionara primero la cuestión de la jurisdicción. Sin embargo, el sentido es el mismo.

56. En lo que respecta a la aplicación por los tribunales nacionales del principio *non bis in idem* en relación con los fallos del tribunal internacional, la redacción propuesta por el Relator Especial (*ibid.*, párr. 96) no es perfecta pero el sentido es muy claro: una plena aplicación del principio en consonancia con el párrafo 1 del artículo 7 del proyecto de código. Sin embargo, el artículo 7 todavía no tiene su forma definitiva, y si bien es probable que el principio *non bis in idem* sea mantenido en el proyecto de código, no es conveniente tal vez que se incluyan disposiciones sobre la misma cuestión en el proyecto de estatuto; cualquier diferencia sería un factor de incertidumbre jurídico. Por otra parte, si las disposiciones coinciden, habría una duplicación innecesaria. La Comisión debe, pues, reflexionar seriamente antes de incluir en el proyecto de estatuto disposiciones como las sugeridas en los párrafos 93 a 97 del informe.

57. El Sr. MAHIOU dice que la cuestión de un tribunal penal internacional se ha suscitado en prácticamente todos los períodos de sesiones desde que la Comisión comenzó la labor sobre el proyecto de código, lo que es totalmente lógico porque incide en varias de las soluciones previstas en el código y porque sin una cláusula relativa a un tribunal, el código sería incompleto. La petición hecha a la Comisión por la Asamblea General de que se ocupe de esta cuestión en relación con el tráfico ilícito de estupefacientes da pie para examinar directamente esta cuestión y decidir si es necesario dicho tribunal. El octavo informe del Relator Especial (A/CN.4/430 y Add.1) sirve de base para los trabajos de la Comisión y ésta puede disponer también de varios proyectos que constituyen un material valioso. En lugar de formular propuestas definitivas sobre el proyecto de estatuto del tribunal, el Relator Especial acertadamente ha preferido reanudar el debate sobre ciertas cuestiones de fondo y ha sometido, pues, diez cuestiones a la consideración de la Comisión.

58. Por su parte, el Sr. Mahiou limitará sus observaciones a cinco de esas cuestiones en las que la Comisión debería centrarse y que deberían ser la base para la estructura de un tribunal penal internacional, a saber: la competencia del tribunal, el sometimiento de asuntos al conocimiento del tribunal, las funciones del ministerio público, la etapa de instrucción y la autoridad de la cosa juzgada. En una etapa ulterior se podrán examinar otras cuestiones de carácter más técnico, como las modalidades de financiación del tribunal, el nombramiento de los magistrados, ciertos aspectos de procedimiento, como el desistimiento de las querellas, e incluso la forma en que se establecerá el tribunal.

59. La primera cuestión —la competencia— reviste especial importancia puesto que una vez planteada claramente, ayudará a solucionar de entrada otros problemas. En su opinión, la cuestión de la competencia suscita las siguientes tres preguntas: ¿de qué crímenes ha de conocer el tribunal? ¿Cuáles son los autores que el tribunal debe enjuiciar y sancionar? Y ¿qué relación debe haber entre la jurisdicción del tribunal y la de los tribunales nacionales? Estas tres preguntas deben contestarse para impedir, por una parte, un conflicto de jurisdicción que dé lugar a una controversia y por consiguiente a dificultades de orden ju-

¹¹ *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), pág. 71.

rídico y político y, por la otra, el riesgo de una denegación de justicia en el caso de que determinados crímenes no sean enjuiciados ni por el tribunal internacional ni por los tribunales locales.

60. Pasando a responder las tres preguntas, en primer término, sólo los crímenes de que trata el código deben ser del conocimiento de un tribunal penal internacional. Por consiguiente, aprueba la variante A que figura en el informe (*ibid.*, párr. 80) y discrepa de lo afirmado por el Relator Especial (*ibid.*, párr. 83) de que parecería preferible dar al tribunal la competencia más amplia que sea posible. El tribunal es sólo la consecuencia lógica del código y su alcance no debe extenderse más allá.

61. En cuanto a los autores, el tribunal debería enjuiciar y sancionar a las personas naturales o jurídicas que hayan cometido el crimen de que se trate. Así, la Comisión se estaría ateniendo sencillamente a la resolución 44/39 de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 1989, que hace referencia a las personas y entidades que participan en el tráfico ilícito de estupefacientes y otras actividades delictivas transnacionales. En esta etapa no examinará la delicada cuestión de la participación de los Estados.

62. La tercera y última pregunta, a saber: la relación entre la jurisdicción del tribunal y la de los tribunales nacionales, es una de las más difíciles que han de solucionarse y ya se ha planteado en relación con los artículos 4 y 7 del proyecto de código aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura¹². Es evidente que seguirá siendo durante algún tiempo un objeto de debate en la Comisión.

63. Ninguna de las tres variantes presentadas respecto de la atribución de competencia al tribunal (*ibid.*, párr. 88) es plenamente satisfactoria, puesto que se debe limitar la iniciación de la acción a los Estados interesados e impedir que exista una especie de acción universal abierta a todos los Estados, lo que podría crear más problemas de los que resuelve. A estos efectos, es partidario de que se adopten algunos criterios apropiados. Desde luego, en el derecho penal hay dos criterios clásicos: el territorio y la persona. De conformidad con el primero, el Estado en el que tiene lugar el crimen está facultado para iniciar la acción, y de conformidad con el segundo —ya sea desde un punto de vista activo o pasivo—, lo que determina la capacidad de un Estado para iniciar la acción es la nacionalidad de la víctima del crimen o bien del autor del crimen.

64. En lo que respecta a las funciones del ministerio público, le parece más conveniente la variante B (*ibid.*, párr. 90), porque así se crearía un servicio independiente y se daría al tribunal la posibilidad de funcionar sobre una base más imparcial. Este mismo criterio se aplica a la instrucción, para la cual, a su juicio, el Relator Especial ha sugerido el texto apropiado (*ibid.*, párr. 92).

65. La Comisión ha examinado ya la autoridad de la cosa juzgada en relación con el principio *non bis in idem*, y la solución que proponga en relación con el estatuto del tribunal debería lógicamente armonizarse con la adoptada en el artículo 7. Por su parte, le parece difícil que se dé a un tribunal penal internacional el carácter de tribunal de apelación de los fallos de los tribunales nacionales, que prevén sus propios recursos, incluida la apelación sobre cuestiones de hecho y de derecho. Dotar al tribunal penal

internacional de un grado mayor de control sobre los tribunales nacionales plantearía un problema no sólo jurídico sino también político, pues no es probable que los Estados acepten ese control.

66. La cuestión de saber si los tribunales nacionales deben estar vinculados por los fallos del tribunal penal internacional es un poco delicada y le parece preferible una solución que impida todo conflicto de jurisdicción. Por ello, en aras de la congruencia en el enjuiciamiento y la sanción de los crímenes, apoya la solución sugerida por el Relator Especial, así como una división de jurisdicción entre los tribunales nacionales y el tribunal penal internacional.

67. El Sr. BENNOUNA dice que la Comisión está llegando a una convergencia de opiniones y confía en que, con la ayuda del Relator Especial, pueda llegar a un acuerdo sobre una propuesta constructiva en respuesta a la petición de la Asamblea General. La cuestión de un tribunal penal internacional no es nueva y es hora de examinar todas sus repercusiones en la labor futura sobre el proyecto de código con miras a determinar cuáles son exactamente las cuestiones sustantivas que entraña y, de ser necesario, complementar sus disposiciones.

68. El Sr. Bennouna aprueba el método sugerido por el Relator Especial y desea formular observaciones sobre las cuestiones planteadas en el orden en que se han presentado. La primera cuestión, relativa a la competencia, es la más importante, ya que determina todas las demás. Por su parte, apoya decididamente la variante A presentada por el Relator Especial (A/CN.4/430 y Add.1, párr. 80), que limita la jurisdicción a los crímenes previstos en el código. No debe olvidarse que la definición de los crímenes establecida en el código suscita todavía un problema, como lo refleja el hecho de que en el artículo 1 (Definición), aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura¹³, la expresión «de derecho internacional» figure entre paréntesis. Por su parte, no le parece posible que en la presente etapa la comunidad internacional establezca un tribunal penal con jurisdicción respecto de crímenes de toda índole. La razón de que se haya incluido en el contexto del código un tribunal radica en que la labor de la Comisión se centra en crímenes de cierta gravedad. Sin embargo, una ampliación de su jurisdicción podría trabar innecesariamente el funcionamiento del tribunal y llevarlo a asumir algunas de las funciones de los tribunales nacionales, lo que no es su papel. Sin embargo, una vez adoptado el código, éste no tiene por qué mantenerse invariable. En efecto, se ha previsto ya una posible revisión o un ajuste del código a la luz de la evolución del derecho internacional o del surgimiento de nuevos crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Los crímenes de esta naturaleza pueden compararse a un virus: una vez encontrado el antídoto surgirían nuevos crímenes, ya que la imaginación humana es muy fértil en esta materia. Por consiguiente, el ámbito del código puede muy bien ampliarse de conformidad con un procedimiento convenido, para que abarque otros crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

69. La segunda cuestión es la de determinar las bases de la jurisdicción del tribunal. Las dos variantes propuestas (*ibid.*, párr. 84) no constituyen en realidad posiciones alternativas, sino que se refieren a conceptos muy diferentes

¹² *Ibid.*

¹³ *Anuario... 1987*, vol. II (segunda parte), pág. 13.

del derecho internacional, a saber, la jurisdicción y la *saisine* (sometimiento de asuntos al conocimiento del tribunal). Es más, la segunda oración de la variante B reitera sencillamente una regla de procedimiento general y universalmente reconocida que se aplica en los tribunales internacionales, esto es, de que si se impugna la jurisdicción del tribunal, el propio tribunal decide la cuestión.

70. Existe una relación entre la atribución de jurisdicción al tribunal y el derecho de someterle un asunto para su conocimiento, cuestión sobre la cual la jurisprudencia de la CIJ es muy instructiva. Por otra parte, esa relación ha quedado claramente establecida en el artículo 26 del proyecto de estatuto revisado para una corte penal internacional —proyecto que desgraciadamente no tiene ante sí la Comisión— preparado por la Comisión de Jurisdicción Penal Internacional de 1953¹⁴, que decía:

Artículo 26 — Atribución de competencia

- 1 La competencia de la Corte no se presume
- 2 Un Estado podrá atribuir competencia a la Corte mediante convención, acuerdo especial o declaración unilateral
- 3 La atribución de competencia supone el derecho de recurrir a la Corte, y la obligación de aceptar su jurisdicción, con arreglo a las estipulaciones que el Estado o los Estados hayan establecido
- 4 Salvo que el instrumento que atribuya competencia a la Corte disponga otra cosa, las leyes de un Estado que fijan la competencia penal nacional no quedarán afectadas por esa atribución

71. El párrafo 1 de ese artículo aplica una norma de derecho internacional reafirmada en diversas oportunidades por la CIJ, cual es que las limitaciones a la soberanía de los Estados no se presumen. El párrafo 2 se refiere al reconocimiento previo de la jurisdicción, independientemente de la adhesión al estatuto, y es la técnica adoptada actualmente por la CIJ. El párrafo 3 establece la vinculación entre el reconocimiento de la jurisdicción, el derecho de someter un asunto al conocimiento de la Corte y la obligación de aceptar su jurisdicción «con arreglo a las estipulaciones que el Estado o los Estados hayan establecido». Se plantean aquí varias cuestiones que la Comisión deberá examinar y, en especial, la cuestión de si el reconocimiento de jurisdicción puede quedar sujeto a una reserva. Esta cuestión es importante, ya que facultaría a los Estados a señalar taxativamente los crímenes respecto de los cuales reconocen la jurisdicción del tribunal y así tal vez aumentaría el número de países dispuestos a aceptar esa jurisdicción. El párrafo 4 del artículo es también fundamental en cuanto muestra el problema de la relación entre la jurisdicción de los tribunales nacionales y del tribunal internacional, si bien reconoce la posibilidad de que ambas jurisdicciones coexistan. El problema radica en que la atribución de jurisdicción a un tribunal internacional podría, si un Estado así lo desea, privar a los tribunales nacionales de toda jurisdicción.

72. En lo que respecta a la fuerza de la cosa juzgada por un tribunal nacional, prefiere la variante B (*ibid*, párr. 93), que permitiría someter un asunto al conocimiento del tribunal internacional aunque ya haya una sentencia dictada por un tribunal nacional. Sería necesario que se establecieran las bases sobre las cuales se sometiera un asunto al tribunal internacional. ¿Actuaría éste en calidad de tribunal de apelación respecto de cuestiones de hecho o de de-

recho? En el primer caso, el tribunal tendría que revisar toda la causa, pero en el segundo caso sólo tendría que pronunciarse acerca de una infracción del derecho por parte de un Estado. Por su parte, apoya esta última solución, que es la adoptada por el derecho comunitario europeo. Que un tribunal internacional tenga control total sobre los tribunales nacionales sería una transgresión grave del principio de la soberanía nacional y, por tanto, sería inadmisibles.

73. Las tres variantes presentadas con respecto a la atribución de competencia (*ibid*, párr. 88) son de alcance muy amplio e insatisfactorias. Por su parte, sigue siendo partidario de que exista un vínculo entre la jurisdicción y la *saisine* (presentación de asuntos al conocimiento del tribunal), como se prevé en el artículo 26 del proyecto del estatuto de 1953 (véase párr. 70 *supra*).

74. En lo que respecta a cuestiones de importancia secundaria, por ejemplo, las funciones del ministerio público (A/CN.4/430 y Add.1, párr. 90), apoya plenamente la variante B, dada la necesidad de un servicio independiente. También está de acuerdo en que sea una sala del tribunal la que se encargue de la instrucción. En cuanto al desistimiento de las querellas, prefiere la variante B (*ibid*, párr. 98).

75. En relación con las penas, sería inconcebible que se permitiera al tribunal imponer cualquier pena que estime justa. Ello no sólo sería contrario a los derechos humanos, sino que infringiría el principio jurídico fundamental *nulla poena sine lege*. Todo código de derecho debe especificar las penas en caso de infracción a sus disposiciones, y de no ser así, no habría código.

76. Su experiencia en las Naciones Unidas le enseña que siempre que se adoptan disposiciones financieras sobre alguna comisión cuyos gastos deban ser sufragados por los Estados partes, surgen dificultades por demoras en los pagos. Por ello, lo mejor sería establecer esa financiación con cargo al presupuesto ordinario de las Naciones Unidas.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas

2155.ª SESIÓN

Jueves 10 de mayo de 1990, a las 10 horas

Presidente Sr. Jiuyong SHI

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

¹⁴ Véase 2150.ª sesión, nota 8