

rece lógico que la condena se cumpla —por supuesto con todas las garantías necesarias— en el Estado querellante.

69. Pasando a la cuestión de las disposiciones financieras, ninguno de los dos textos presentados (*ibid*, párr. 106) parece satisfactorio. En vista de la gravedad de los crímenes de que se trata, cabe sin duda esperar que la Asamblea General, como único representante de la colectividad internacional, sufrague el costo de un tribunal penal internacional, especialmente si se mantiene su función en relación con la elección de los magistrados. Esta solución garantizaría no sólo la imparcialidad del tribunal, sino también su aceptabilidad general.

Se levanta la sesión a las 13 horas

2157.ª SESIÓN

Martes 15 de mayo de 1990, a las 10 05 horas

Presidente Sr. Jiuyong SHI

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

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad¹ (continuación) (A/CN.4/19 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)

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

1. El Sr. SOLARI TUDELA, al referirse a la tercera parte del octavo informe (A/CN.4/430 y Add.1), relativa al estatuto de un tribunal penal internacional, desea en primer

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)*, pag. 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.

término hacer una observación de carácter general sobre el cuestionario presentado al respecto por el Relator Especial. En el sistema interamericano, una de las garantías que tiene la persona inculpada es el derecho de presentar un recurso de apelación ante un tribunal superior. Esta garantía está consignada en la Convención americana sobre derechos humanos de 1969 y en otros instrumentos de derechos humanos actualmente en vigor. El Relator Especial podría tal vez tener esto en cuenta en su próximo informe.

2. En lo que respecta a la primera cuestión, que trata de la competencia del tribunal, el Sr. Solari Tudela dice que de las dos variantes presentadas (*ibid*, párr. 80), una restringe la competencia del tribunal a los crímenes previstos en el código y la otra declara que el tribunal está encargado de juzgar no sólo esos crímenes, sino también otras infracciones definidas como delito por otros instrumentos internacionales en vigor; a su juicio, es preferible la segunda variante por las razones de orden práctico consignadas en el informe (*ibid*, párr. 83).

3. El Relator Especial también ha presentado dos variantes sobre el modo de designación de los magistrados (*ibid*, párr. 86), que serían su elección por la Asamblea General o bien por los representantes de los Estados partes en el estatuto del tribunal. El Sr. Solari Tudela, al igual que el Sr. Eiriksson y el Sr. Díaz González (2156.ª sesión), considera conveniente que se siga el ejemplo de la Corte Internacional de Justicia, en razón, por una parte, de la experiencia satisfactoria que representa ese sistema y, por la otra, de la posibilidad que se depara de hacer participar en esa elección a los miembros permanentes del Consejo de Seguridad.

4. En lo que respecta a la capacidad para interponer una querrela, el Sr. Solari Tudela prefiere la primera de las tres variantes propuestas por el Relator Especial (A/CN.4/430 y Add.1, párr. 88), pues ella permite a todo Miembro de las Naciones Unidas someter los asuntos al tribunal. De conformidad con las tres variantes, sólo los Estados tendrían la capacidad de ejercitar una acción, como se establece por lo demás en el estatuto de la CIJ; pero a diferencia de esta última, el tribunal previsto estaría encargado de juzgar a personas. En estas circunstancias, ¿no sería conveniente explorar la posibilidad de no limitar exclusivamente a los Estados el derecho de interponer querrelas, ampliándolo a las organizaciones internacionales, las organizaciones no gubernamentales, las organizaciones nacionales e incluso los particulares? Evidentemente, no se podría reconocer directamente esta capacidad a las personas sino indirectamente, por conducto de un órgano facultado para examinar si la querrela tiene fundamento. Después de todo, esta modalidad no sería algo nuevo. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos conoce no sólo de las peticiones de los Estados, sino también indirectamente de las de los particulares o grupos de personas, pero en este caso las peticiones se dirigen a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y, de hacer ésta suyas las peticiones, las remite a la Corte. El Sr. Solari Tudela considera que, por ejemplo, en el caso de los crímenes de guerra, sería conveniente reconocer al CICR el derecho de acudir ante el tribunal y, en el caso de daño al medio ambiente, debería reconocerse esa facultad a los movimientos de defensa del medio ambiente, que tendrían mucha más libertad de acción que los propios Esta-

dos, cuyo margen de maniobra puede verse limitado en razón del interés de las relaciones internacionales.

5. En lo que respecta al ministerio público, el Sr. Solari Tudela prefiere la variante B (*ibid.*, párr. 90) por las razones enunciadas por el Relator Especial (*ibid.*, párr. 91). También aprueba el texto presentado sobre la instrucción (*ibid.*, párr. 92). En cuanto a la autoridad de la cosa juzgada por la jurisdicción de un Estado, se inclina por la variante B (*ibid.*, párr. 93) y hace suyo el texto presentado sobre la autoridad de la cosa juzgada por el tribunal internacional (*ibid.*, párr. 96).

6. En cuanto a las consecuencias del desistimiento de la querrela, considera que ellas dependerán de la competencia del tribunal. Si la competencia se limita exclusivamente a los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, el desistimiento de la querrela no podría entrañar *ipso facto* el sobreseimiento de la causa. En cambio, si el ámbito de competencia se amplía a otras infracciones definidas como delitos por los demás instrumentos internacionales en vigor, se podría considerar en algunos casos que el desistimiento de la querrela comporta efectivamente el sobreseimiento *ipso facto*.

7. A continuación, desea formular una consideración de orden general sobre las penas (*ibid.*, párr. 101). La Convención americana sobre derechos humanos tiende a eliminar la pena de muerte y prohíbe que se restablezca en los Estados que la han abolido (art. 4, párr. 3). Por ello, el Sr. Solari Tudela no acepta la variante que prevé la posibilidad de aplicar la pena de muerte. Por otra parte, de conformidad con la Convención antes señalada, las penas privativas de la libertad deben tener como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados (art. 5, párr. 6). En consecuencia, sobre la base del sistema interamericano, el Sr. Solari Tudela no puede aprobar la variante que prevé la aplicación de penas de prisión perpetua, lo que sería incompatible con la posibilidad de una readaptación social. Tampoco puede aprobar la idea de una pena privativa de libertad tan extremadamente larga que no sería otra cosa que una condena a prisión perpetua. Por ello, ninguna de las tres variantes propuestas a este respecto responde a su manera de concebir las penas.

8. Por último, por razones de orden práctico, le parece preferible la variante B que se sugiere en relación con las disposiciones financieras (A/CN.4/430 y Add.1, párr. 106).

9. El Sr. ILLUECA recuerda que en la sesión anterior el Sr. Díaz González destacó la participación latinoamericana en la lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes y se declaró partidario de tipificar ese tráfico como un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, sin perjuicio de señalar que en la lucha contra ese tráfico, la agresión a un Estado pequeño y la violación de su soberanía son también crímenes contra la paz. Esa declaración hace honor al ideal del Libertador Simón Bolívar, quien en el Congreso que convocó en Panamá en 1826 quiso buscar formas de institucionalizar la concertación de los países latinoamericanos en defensa de los pueblos contra el despotismo interno y la dominación extranjera. Al referirse al tráfico de estupefacientes, el Sr. Díaz González mencionó casos en que las grandes Potencias han intervenido sin ningún freno en terceros países, contraviniendo las reglas de paz y humanidad que deben prevalecer en las relaciones internacionales. Señaló el ejemplo histórico de China,

país al cual las Potencias occidentales impusieron el uso de drogas, así como el ejemplo de Panamá.

10. A este respecto, el Sr. Illueca desea formular una declaración que es de carácter personal en cuanto no desempeña ni ha desempeñado función pública alguna en el Gobierno de su país durante los últimos seis años. En diversos países de América Latina, el tráfico ilícito de estupefacientes se ha constituido en un elemento desestabilizador que afecta a las instituciones del Estado, así como a las condiciones económicas, sociales y culturales de sus pueblos. Panamá, como centro de comunicaciones y transporte marítimo, aéreo y terrestre, ha tenido que pagar costos de índole humana, política, económica y social más altos que otros países en razón de las actividades criminales transnacionales y de la lucha contra esas actividades. En particular, cabe incluir en ese costo abrumador la invasión y ocupación militar del país por los Estados Unidos de América, en diciembre de 1989. Sin que su declaración se dirija a acusar o a defender al general Noriega, al que los Estados Unidos imputan cargos relacionados con el tráfico ilícito de estupefacientes y al que querían apresar para que respondiera a un enjuiciamiento criminal, el Sr. Illueca dice que cuando está de por medio el honor de su país, los personalismos desaparecen ante el objetivo supremo de que cese la ocupación militar extranjera y se restauren la soberanía, la independencia y la integridad territorial del Estado panameño.

11. Los resultados de la investigación llevada a cabo por *Americas Watch*, de que da cuenta el diario *El País* en su edición del 11 de mayo de 1990, muestran la magnitud de los sufrimientos de la población civil de Panamá. Las tropas estadounidenses y las disueltas fuerzas de defensa de ese país, así como sus grupos paramilitares —denominados batallones de la dignidad—, violaron claramente el Convenio de Ginebra de 1949, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, durante la operación militar más importante de los Estados Unidos desde la guerra de Viet Nam, en la que destruyeron completamente un barrio populoso cercano al cuartel central de las fuerzas de defensa; numerosos civiles perdieron la vida en esa oportunidad. Según el informe de *Americas Watch*, las fuerzas invasoras no estuvieron a la altura de sus responsabilidades a la hora de recoger y contar las víctimas entre la población civil y las fuerzas enemigas. Tampoco han cumplido las obligaciones adquiridas con respecto a los miles de panameños que quedaron sin hogar y que tienen derecho a ser plenamente indemnizados.

12. En el quinto párrafo del preámbulo de la Declaración Política sobre la cooperación internacional contra la producción, la oferta, la demanda, el tráfico y la distribución ilícitos de estupefacientes y sustancias sicotrópicas⁶, aprobada a los dos meses de la invasión de Panamá, los Estados Miembros de las Naciones Unidas reafirmaron su

determinación de combatir el flagelo del uso indebido y el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas en estricta conformidad con los principios de la Carta de las Naciones Unidas, los principios del derecho internacional, en particular el respeto de la soberanía y la integridad territorial de los Estados, el principio de la no injerencia en los asuntos internos de los Estados, y de la no utilización [...] de la fuerza [...].

⁶ Resolución S-17/2 de la Asamblea General, de 23 de febrero de 1990, anexo.

Ahora bien, todos esos principios fueron infringidos en Panamá, como lo reconoció la Asamblea General en su resolución 44/240 de 29 de diciembre de 1989, relativa a los efectos sobre la situación en Centroamérica de la intervención militar de los Estados Unidos de América en Panamá, en la que la Asamblea exigía el pleno respeto y la fiel observancia de los Tratados Torrijos-Carter sobre el canal de Panamá, así como el cese inmediato de la intervención y la retirada de Panamá de las fuerzas armadas invasoras de los Estados Unidos.

13. El caso de Panamá plantea un problema serio a América Latina, no sólo en razón del colonialismo que reflejan la invasión y ocupación militares norteamericanas, sino por el efecto que tiene para su futuro destino. Panamá es imagen de una región desestabilizada, y que ha quedado relegada por efecto de los cambios que se producen en Europa del Este y de las sucesivas transformaciones del panorama sociopolítico mundial.

14. El Sr. Illueca acoge con satisfacción el nuevo proyecto de artículo presentado por el Relator Especial sobre el tráfico ilícito de estupefacientes, que se acaba de distribuir (véase párr. 26 *infra*), pero considera que tras las palabras «todo tráfico masivo» se debería insertar el calificativo «ilícito».

15. Refiriéndose al informe-cuestionario sobre el estatuto de un tribunal penal internacional en la tercera parte del octavo informe del Relator Especial (A/CN.4/430 y Add.1), respecto a la competencia del tribunal, el Sr. Illueca considera que la variante A (*ibid.*, párr. 80) es más conveniente que la variante B en las circunstancias actuales.

16. En lo que respecta a la necesidad o no del acuerdo de otros Estados, la variante A (*ibid.*, párr. 84) guarda relación con cuatro principios, a saber, los principios de la territorialidad, de la nacionalidad, de la protección de intereses y de la personalidad pasiva. A propósito de estos principios, cabe invocar en casos muy específicos el principio de la universalidad, aplicable a situaciones universalmente condenadas y cuyos autores son considerados como enemigos de la humanidad, por lo que pueden ser juzgados por el Estado bajo cuya custodia se encuentran. Para ilustrar su pensamiento, el Sr. Illueca menciona los casos de piratería *jure gentium* y, a la luz del proceso de Nuremberg, los crímenes de guerra. La amplitud alarmante que han adquirido la producción y el tráfico ilícito de estupefacientes y el consenso unánime de la comunidad internacional para condenarlos, justifican la inclusión de ese crimen en la misma categoría. Por ello, considera que la variante A es aceptable.

17. En cuanto al modo de designación de los magistrados, varios miembros de la Comisión han expresado razones de peso en favor de que sean elegidos de la misma manera que los magistrados de la CIJ. El Sr. Illueca apoya, pues, la variante A propuesta (*ibid.*, párr. 86).

18. En cuanto a la atribución de competencia, le parece satisfactoria la variante A (*ibid.*, párr. 88). En lo que respecta al ministerio público (*ibid.*, párr. 90), la variante B le parece más recomendable que la variante A. El texto propuesto para una sala de instrucción (*ibid.*, párr. 92), así como el artículo 26 del proyecto de estatuto revisado, preparado por la Comisión de Jurisdicción Penal Internacional de 1953⁷, ya no parecen adecuados a las circunstan-

cias tratándose de la atribución de competencia; por eso, el artículo 33 sobre la sala de instrucción de ese mismo proyecto sería una fuente de complicaciones.

19. Con respecto a la autoridad de la cosa juzgada por la jurisdicción de un Estado (*ibid.*, párr. 93), el Sr. Illueca considera aceptable la variante B, al igual que el texto propuesto sobre la autoridad de la cosa juzgada por el tribunal internacional (*ibid.*, párr. 96). Le parece que las razones expresadas por el Relator Especial (*ibid.*, párr. 100) para sustentar la variante B sobre el desistimiento de la demanda son inobjetables.

20. Entiende las razones de prudencia que han llevado al Relator Especial a redactar tres variantes relativas a las penas (*ibid.*, párr. 101). A esas tres variantes, el Sr. Illueca opone el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que tiene incidencia directa en el carácter punible de un acto y que se traduce en la máxima *nullum crimen sine poena*.

21. Por último, en lo que respecta a las disposiciones financieras, la experiencia lo lleva a aprobar la variante A (*ibid.*, párr. 106).

22. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que ha revisado los proyectos de artículos propuestos en las partes primera y segunda de su octavo informe (A/CN.4/430 y Add.1) para tener en cuenta las críticas formuladas.

23. En lo que respecta al proyecto de artículo 15 revisado, sobre la complicidad, observa que ha eliminado del texto recién distribuido la palabra «orden» en el apartado *b* del párrafo 2, porque de hecho la orden ilícita constituye un crimen autónomo y la persona que la dicta debe considerarse como autor. El Comité de Redacción deberá examinar este aspecto de la cuestión y reflexionar sobre la redacción del apartado *c* del párrafo 2, relativo a la complicidad *a posteriori*. El texto revisado es el siguiente:

Artículo 15. — La complicidad

1. Constituye el crimen de complicidad el hecho de participar en la ejecución de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad.

2. Son actos de complicidad:

a) la ayuda, la asistencia o los medios proporcionados al autor directo, o la promesa hecha a éste;

b) el hecho de inspirar la ejecución de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, en particular mediante la incitación, la exhortación, la instigación, la amenaza o la abstención, cuando se estaba en condiciones de impedirlo;

c) el hecho, con posterioridad a la ejecución del crimen, de ayudar al autor directo a eludir el proceso penal, bien proporcionándole un refugio, o bien ayudándole a eliminar las pruebas del acto criminal.

24. El proyecto de artículo 16 revisado dice:

Artículo 16. — La conspiración

1. Constituye conspiración el hecho de haber participado en un plan concertado para cometer cualquiera de los crímenes definidos en el presente código.

2. Se entiende por conspiración todo acuerdo entre los participantes para cometer, conjuntamente, un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad.

25. El proyecto de artículo 17 revisado dice:

Artículo 17. — La tentativa

1. Constituye un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad la tentativa de cometer un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad.

2. Se considera como tentativa todo principio de ejecución de un crimen contra la paz y la seguridad que no ha producido el resultado preten-

⁷ Véase 2150.^a sesión, nota 8.

dido o no ha sido interrumpido sino por circunstancias independientes de la voluntad del agente.

26. Por último, el Relator Especial propone el siguiente texto revisado que combina los proyectos de artículos X e Y sobre el tráfico ilícito de estupefacientes:

Constituye un crimen contra la paz y un crimen contra la humanidad todo tráfico masivo de estupefacientes organizado en gran escala en el ámbito transfronterizo por individuos que actúen o no en el seno de asociaciones o grupos privados, o con ocasión del ejercicio de funciones oficiales, como agentes del poder soberano, y consistente, en particular, en el corretaje, la expedición, el transporte internacional, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o de cualquier sustancia sicotrópica.

A este respecto, el Relator Especial toma debida nota de la sugerencia del Sr. Illueca de que tras las palabras «todo tráfico masivo» se inserte el calificativo «ilícito».

27. El PRESIDENTE, haciendo uso de la palabra como miembro de la Comisión y refiriéndose a la tercera parte del octavo informe presentado por el Relator Especial (A/CN.4/430 y Add.1), observa que no es tarea de la Comisión elaborar un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional porque no hay una decisión de la Asamblea General de establecer esa jurisdicción. La Asamblea sólo ha alentado a la Comisión a que siga explorando todas las posibles opciones (párrafo 2 de la resolución 44/32 de la Asamblea General) y le ha pedido que se ocupe de la cuestión de establecer un tribunal penal internacional u otro mecanismo de justicia penal internacional (párrafo 1 de la resolución 44/39 de la Asamblea General). Por ello, la Comisión debe comenzar por un examen a fondo de las cuestiones de principio inherentes al establecimiento de un tribunal penal internacional y, en particular, preguntarse si es posible crear una jurisdicción de esa naturaleza y si ésta estaría en condiciones de funcionar. El Relator Especial ha procedido con acierto, pues, al presentar la tercera parte de su octavo informe como un cuestionario en el que trata de las distintas cuestiones que guardan relación directa con el estatuto que debería tener un tribunal penal internacional.

28. En efecto, para luchar contra la criminalidad internacional, que abarca el tráfico ilícito de estupefacientes y cuya gravedad no cesa de aumentar, y para disponer de los medios que permitan hacer respetar el código, el ideal sería crear un tribunal penal internacional como expresión de la cooperación y la solidaridad internacionales. Pero, en la práctica, el principio mismo de la creación de una jurisdicción penal internacional suscita algunos problemas de difícil solución.

29. De esos problemas, el más importante, si cabe, obedece al estado actual de las relaciones internacionales. En efecto, son raros los Estados que estarían dispuestos a renunciar a una pequeña parte siquiera de su soberanía de jurisdicción. Los Tribunales de Nuremberg y de Tokio, que los partidarios del establecimiento de un tribunal penal internacional suelen citar como ejemplo, no sirven de marco de referencia porque fueron creados en circunstancias excepcionales. Es difícil concebir que grandes criminales de guerra que se encuentren a la cabeza de un Estado agresor puedan ser enjuiciados por una jurisdicción internacional a menos que el Estado de que se trate no haya sufrido una derrota militar total y capitulado sin condiciones. Los partidarios de la creación de una jurisdicción internacional suelen invocar también las disposiciones pertinentes de la

Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio de 1948 y de la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid* de 1973, pero estos instrumentos están redactados en términos muy prudentes. Además, si bien ambos instrumentos prevén la posibilidad de establecer una jurisdicción penal internacional, es preciso reconocer que los Estados partes no han tomado ninguna medida en ese sentido.

30. En las circunstancias actuales, la norma sobre competencia universal que se refleja en la formulación «obligación de juzgar o de conceder la extradición» permitiría quizás conciliar la cooperación internacional en la lucha contra la criminalidad internacional y la soberanía de los Estados. Sin embargo, habida cuenta de la gravedad de algunos crímenes internacionales, esta formulación, que se ha utilizado con buenos resultados en varias convenciones, puede no responder plenamente en el presente caso a las necesidades de la comunidad internacional. En las resoluciones antes señaladas, la Asamblea General prevé otras soluciones que no sean crear un tribunal penal internacional. Al examinar esta cuestión, la Comisión debería, pues, recurrir a toda su imaginación sin dejar de tener en cuenta la realidad de las relaciones internacionales. En efecto, las soluciones ideales rara vez han paliado los problemas prácticos.

31. Al pasar a referirse a las cuestiones concretas planteadas por el Relator Especial en la tercera parte de su informe, el Sr. Shi señala en primer término que de crearse un día una jurisdicción penal internacional, ello debería hacerse en aplicación de una convención multilateral aprobada en el marco de las Naciones Unidas.

32. En lo que respecta a la competencia del tribunal, el Sr. Shi considera que sería imprudente y demasiado ambicioso ampliar la esfera de competencia de esta jurisdicción a todos los crímenes internacionales, que son innumerables. Por ello, le parece preferible la variante A (A/CN.4/430 y Add.1, párr. 80), según la cual el tribunal conocerá únicamente de los crímenes previstos en el código y, en particular, del tráfico ilícito de estupefacientes a nivel internacional. Cuando el estado de las relaciones internacionales mejore realmente y el tribunal penal internacional haya mostrado su eficacia, se podrá ampliar la esfera de su competencia.

33. En cuanto a la atribución de competencia, la idea fundamental en que se basa el artículo 26 del proyecto de estatuto revisado, preparado por la Comisión de Jurisdicción Penal Internacional de 1953⁸, merece un examen atento. No porque un Estado sea parte en el estatuto del tribunal debe entenderse que ha atribuido competencia a esa jurisdicción. Una vez establecido, el tribunal sólo será competente si existe consentimiento o acuerdo expreso de los Estados partes en su estatuto. La atribución de competencia al tribunal puede hacerse mediante una convención, un acuerdo arbitral o una declaración unilateral. El Relator Especial presenta dos variantes sobre la atribución de competencia (*ibid.*, párr. 84). El Sr. Shi no tiene ninguna objeción respecto de la variante A, que hace hincapié en el hecho de que la competencia debe ser atribuida al tribunal por el Estado cuyos tribunales serían competentes para enjuiciar al presunto autor de un crimen previsto en el código ya sea en razón de la nacionalidad de

⁸ *Ibid.*

ese autor o de las víctimas del crimen, o del lugar donde se ha cometido la infracción.

34. En lo que respecta al sometimiento de asuntos al conocimiento del tribunal (*ibid.*, párr. 88), el Sr. Shi prefiere la variante B, según la cual sólo los Estados partes en el estatuto del tribunal pueden recurrir a éste.

35. Como han observado ya algunos miembros de la Comisión, la solución que consiste en dejar en manos del querellante la designación de la persona que deberá ejercer el ministerio fiscal no es muy acertada. El ministerio público debería estar a cargo de un órgano colegiado cuyos miembros sean elegidos por los Estados partes en el estatuto. Esta solución ofrecería tal vez una mayor garantía de imparcialidad.

36. La imposición de sanciones es un elemento indispensable del derecho penal. Todo estatuto de una jurisdicción penal internacional debe facultar a ésta para imponer penas. Con todo, se trata de una cuestión muy compleja. Según reconoce el Relator Especial (*ibid.*, párr. 105), no sólo las sanciones penales varían según las épocas y los países, sino que entrañan concepciones morales, filosóficas o religiosas. Al problema específico de las penas se suma el problema todavía más complejo del mecanismo que deberá establecerse para asegurar su ejecución. El hecho de encomendar esta tarea a un único Estado no es tal vez una buena solución.

37. Por último, en lo que respecta a las disposiciones financieras para el establecimiento del tribunal, el Sr. Shi no es partidario de que se cree un fondo, dado el peligro de que ese fondo sirva de pretexto para que se ejerzan presiones inadmisibles.

38. El Sr. RAZAFINDRALAMBO se felicita de que la Asamblea General, por iniciativa del Gobierno de Trinidad y Tabago⁹, haya inscrito en su programa la cuestión de una jurisdicción penal internacional y pedido a la Comisión que estudie la posibilidad de crear un tribunal penal internacional u otro mecanismo de justicia penal internacional.

39. Sin embargo, no cabe olvidar que el propio Relator Especial se había propuesto ya examinar en el momento oportuno las disposiciones necesarias para la aplicación del código y, especialmente, la elaboración del estatuto de un tribunal penal supranacional. Así, en la resolución 44/39 de 4 de diciembre de 1989, la Asamblea General simplemente se hace eco de las preocupaciones del Relator Especial y de la Comisión. Por lo demás, esta resolución se aprueba en un momento muy favorable. La coyuntura internacional y el nuevo clima imperante en las relaciones entre los Estados hacen esperar una actitud menos antagónica de parte de los Estados que hasta el presente se oponían a la elaboración de un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

40. Para una debida comprensión del enfoque adoptado por el Relator Especial en su cuestionario, que figura en la tercera parte de su octavo informe (A/CN.4/430 y Add.1), conviene recordar el mandato de la Comisión. No se trata de que la Comisión actualice sencillamente el proyecto de código de 1954. La Asamblea General le ha encomendado una labor más ambiciosa, a saber, la elaboración de una lista de crímenes contra la paz y la seguridad de la huma-

nidad y, como cuestión complementaria, disposiciones relativas a la aplicación del código, en particular al establecimiento de un mecanismo que permita sancionar toda infracción a sus disposiciones. Por lo demás, éste es el espíritu que ha inspirado siempre los trabajos del Relator Especial, puesto que el proyecto de artículos elaborado abarca una parte relativa a los principios generales, una lista de crímenes y una parte relativa a la aplicación del código, esto es, al procedimiento y la jurisdicción penales, de carácter nacional o internacional.

41. En el párrafo 1 de la resolución 44/39, la Asamblea General pidió a la Comisión que, en el marco de sus trabajos sobre el proyecto de código, se ocupara de la cuestión de establecer un tribunal penal internacional u otro mecanismo de justicia penal internacional, respaldando así el enfoque adoptado hasta ahora por la Comisión. En efecto, según la Asamblea General, el estatuto del tribunal penal debe ser parte del código. Esa jurisdicción deberá tener competencia para conocer de los crímenes previstos en el código y no para juzgar crímenes internacionales *lato sensu*. De ahí la principal diferencia entre el mandato de la Comisión de Jurisdicción Penal Internacional de 1953 y el mandato de la CDI. La jurisdicción penal internacional prevista en 1953 abarcaba de un modo general los delitos internacionales. Por ello, no es de extrañar que el proyecto de estatuto revisado¹⁰ contenga disposiciones sobre la competencia (arts. 26 y 27) que se asemejan *mutatis mutandis* a las del artículo 36 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

42. En cambio, la jurisdicción penal internacional prevista por la Asamblea General debería conocer una serie de crímenes que amenazan la paz y la seguridad de la humanidad y son de una gravedad extremada. No es concebible, pues, que los Estados puedan llegar a un acuerdo para excluir de la competencia del tribunal algún crimen determinado.

43. En el curso del debate sobre el informe se ha planteado la relación más o menos estrecha que debería existir entre las Naciones Unidas y el tribunal. A juicio del Sr. Razafindralambo, esta jurisdicción sólo será viable si se crea dentro del marco de las Naciones Unidas y, específicamente, de la Asamblea General. Sólo bajo esta condición los Estados podrían tal vez aceptar esas actividades del tribunal que no dejarían de invadir la soberanía de los Estados.

44. En lo que respecta a las modalidades de establecimiento del tribunal penal internacional, no se plantea verdaderamente ningún problema porque el estatuto de esa jurisdicción deberá aprobarse al mismo tiempo que las demás partes del código.

45. Algunos miembros de la Comisión se han preguntado si el tribunal debe tener carácter permanente o *ad hoc*. En opinión del orador, una jurisdicción *ad hoc* no respondería al interés de una justicia independiente y universal y no disfrutaría de la confianza y el respeto indispensables para su funcionamiento. Es cierto que existe el precedente de la Sala *ad hoc* de la CIJ, pero la diferencia está en que esa Sala es parte de una institución permanente, con todas las ventajas que ello entraña. Un tribunal penal *ad hoc* equivaldría a un tribunal arbitral *ad hoc* constituido para

⁹ Véase A/44/195.

¹⁰ Véase 2150.ª sesión, nota 8.

el examen de un asunto determinado. Este tipo de jurisdicción, que no está basado en ninguna estructura preexistente, tiene tales inconvenientes que, en la esfera del arbitraje, es cada vez más frecuente el recurso a las instituciones permanentes, tanto mundiales como regionales.

46. También se ha hecho referencia a la cuestión del grado de jurisdicción del tribunal. ¿Deberá conocer y fallar los asuntos en primera instancia, en apelación o quizá en casación? Una cuestión parece clara: creado como consecuencia de una renuncia parcial de los Estados a su soberanía jurisdiccional, el tribunal en sí no puede ser sino soberano, esto es, debe conocer y fallar en última instancia. Por consiguiente, no es concebible que pueda juzgar un asunto como tribunal de primera instancia. Sin embargo, como ha propuesto el Sr. Eiriksson (2156.ª sesión), nada impide que se establezca un sistema de funcionamiento sobre la base de pequeñas salas que conozcan de los asuntos en primera instancia, sin perjuicio de que las partes puedan apelar o interponer un recurso de casación ante el tribunal en pleno. Así funciona, por ejemplo, la Corte Suprema de Madagascar.

47. En opinión del Sr. Razafindralambo, un tribunal penal internacional no debe tener competencia para conocer por la vía de la apelación o de la casación asuntos juzgados por las jurisdicciones internas. En efecto, si bien la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid* de 1973 y la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio de 1948 prevén la competencia de los tribunales nacionales y a la vez de un tribunal penal internacional, sería difícil en la práctica que un Estado que decida recurrir a su jurisdicción interna y no a un tribunal internacional acepte ulteriormente que las decisiones de su jurisdicción interna se sometan a la censura de ese tribunal.

48. Evidentemente, el tribunal penal internacional estaría facultado para revisar sus propias sentencias, especialmente en el caso de que surjan hechos o documentos nuevos y determinantes, dado que la revisión es un principio general de derecho que se aplica aun a falta de texto, como ha reconocido en diversas oportunidades el Tribunal Administrativo de la OIT. Por último, en una etapa ulterior, la Comisión debería examinar la cuestión fundamental de la ejecución de las sentencias del tribunal.

49. A la luz de estas consideraciones de orden general, el Sr. Razafindralambo pasa a formular algunas observaciones sobre ciertas cuestiones fundamentales de que trata la tercera parte del informe.

50. En lo que respecta a la competencia del tribunal, el Relator Especial propone un texto notable por su concisión y precisión en la variante A (A/CN.4/430 y Add.1, párr. 80), que trata a la vez de la competencia *ratione personae* y de la competencia *ratione materiae*. Según ese texto, sólo las personas físicas estarían sujetas a la jurisdicción del tribunal. Como se ha partido de la base de que sólo puede hacerse valer la responsabilidad penal del individuo, la Comisión difícilmente podría ampliar la esfera de competencia del tribunal a los crímenes cometidos por entidades públicas o privadas —como han sugerido en el debate algunos miembros de la Comisión— antes de conocer la posición de los gobiernos sobre la cuestión de la responsabilidad penal del Estado. Por otra parte, cabe precisar a este respecto que si bien en el memorando expli-

cativo presentado por Trinidad y Tabago¹¹ se utiliza la palabra «entidades», ésta no figura en el párrafo 1 de la resolución 44/39 de la Asamblea General.

51. En lo que respecta a la competencia *ratione materiae*, como se prevé en la variante A mencionada, el tribunal penal internacional sólo podría conocer de los crímenes previstos en el código, esto es, los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. No corresponde que la Comisión sugiera una solución diferente, que tendría por efecto separar del resto del código el estatuto del tribunal. Ello sería contrario a la letra y al espíritu del mandato recibido de la Asamblea General, a saber, elaborar el estatuto de un tribunal internacional que sea competente para enjuiciar a las personas que presuntamente hayan cometido las infracciones previstas en el código.

52. Esa presunción basta para que se ponga en marcha lo que en el procedimiento penal clásico se denomina la acción pública, esto es, la presentación de una denuncia contra la persona acusada de un crimen previsto en el código. El Sr. Razafindralambo se inclina a pensar que la presentación de la denuncia no podría subordinarse al acuerdo de un Estado, cualquiera sea la relación que exista entre ese Estado y el crimen cometido o su presunto autor. El principio aplicable es el de la universalidad. Por consiguiente, el Relator Especial ha retirado con razón el apartado *b* (Necesidad o no del acuerdo de otros Estados) de los temas presentados para su examen en el informe-cuestionario (*ibid.*, párr. 79).

53. En lo que respecta a la sumisión de asuntos al conocimiento del tribunal, el Sr. Razafindralambo desea adoptar una posición de amplitud máxima. Si se tiene en cuenta el carácter específico de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, todos los Estados interesados en el mantenimiento de la paz y la seguridad, esto es, todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, deberían poder recurrir al tribunal. El Sr. Solari Tudela ha propuesto incluso que se reconozca ese derecho a las organizaciones no gubernamentales. A este respecto, cabe recordar que en la esfera de la responsabilidad de los Estados, la Comisión ha admitido que en caso de crimen internacional, los perjudicados son todos los Estados, salvo el Estado autor del crimen. ¿Sería acaso exagerado sostener que en caso de crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad todos los Estados pueden considerarse legítimamente encargados de defender los intereses de la comunidad internacional y en cuanto tales iniciar una suerte de *actio popularis*?

54. El Sr. Razafindralambo apoya, pues, la variante A propuesta (*ibid.*, párr. 88). Las variantes B y C se basan en la hipótesis de que el estatuto de la jurisdicción penal internacional fuera independiente del código y que los Estados pudieran ser partes en el código sin serlo en el estatuto. Ahora bien, esta hipótesis es incompatible con el mandato de la Comisión.

55. Para la sumisión de asuntos al tribunal, es indispensable que se establezcan normas estrictas y precisas cuya inobservancia entrañe la nulidad del procedimiento. En efecto, para garantizar el respeto de los derechos de la defensa, el formalismo ha de ser de rigor en esta esfera.

56. La aplicación de normas de procedimiento supone la existencia de un ministerio público permanente integrado

¹¹ A/44/195, anexo.

por magistrados experimentados, elegidos con arreglo a los mismos criterios que los jueces y sometidos a un mismo estatuto. Este ministerio público se encargaría principalmente de recibir las denuncias, realizar todas las tramitaciones procesales anteriores al proceso penal y preparar el acta de acusación que se presentará en la audiencia del asunto. En cuanto a la instrucción, debería tener lugar exclusivamente en audiencia pública, en consonancia con un procedimiento de carácter acusatorio. El Sr. Razafindralambo no puede, pues, aprobar la idea de que se nombren jueces de instrucción, como ocurre en la práctica en el sistema inquisitivo.

57. El Relator Especial ha considerado necesario reservar disposiciones especiales a la autoridad de la cosa juzgada. Ahora bien, el artículo 7 del proyecto de código aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura¹², que figura en los principios generales y consagra la norma *non bis in idem*, bastaría ampliamente para regular esta cuestión, a menos, claro está, de que se parta de la hipótesis de que el estatuto sea independiente del código, lo que es inadmisibles.

58. Por último, en lo que respecta a la cuestión de las penas y al igual que otros miembros de la Comisión, el Sr. Razafindralambo es partidario de la observancia estricta de la norma *nulla poena sine lege*. En efecto, no es concebible que en un proceso *de lege ferenda* la Comisión elabore una lista de crímenes sin señalar las penas, y faculte al tribunal para aplicar la sanción penal que estime apropiada en cada caso. El problema consiste en saber si se debe elaborar una disposición general aplicable sin distinciones a todos los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad o si, al contrario, se debe establecer la pena aplicable respecto de cada uno. Si se tiene en cuenta que los crímenes previstos en el código son de igual gravedad, evidentemente sería más sencillo que se elaborara una lista de penas con indicación de su plazo mínimo y máximo en el caso de las penas que no sean la prisión perpetua o la pena de muerte.

59. El Sr. AL-BAHARNA, subrayando que un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad puede carecer de toda significación si no se establece un mecanismo jurisdiccional penal de carácter internacional, acoge con satisfacción el informe-cuestionario sobre el estatuto de un tribunal penal internacional en la tercera parte del octavo informe (A/CN.4/430 y Add.1). Por lo demás, este informe preliminar está en estricta consonancia con el artículo 4 del proyecto de código que se refiere a la obligación de juzgar o de conceder la extradición, aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura¹³, y atiende la petición hecha por la Asamblea General en el párrafo 1 de su resolución 44/39 de 4 de diciembre de 1989.

60. La cuestión de la creación de un tribunal penal internacional no es nueva para la Comisión. En efecto, esa cuestión se ha tratado desde 1950. La Comisión de Jurisdicción Penal Internacional de 1953 preparó un proyecto de estatuto revisado para una corte penal internacional¹⁴ y la propia Comisión ha tenido ante sí diversas proposiciones en la materia. Sin embargo, su examen se ha apla-

zado por diversos factores, especialmente la demora en la aprobación de una definición de la agresión y la elaboración del proyecto de código. En los últimos tiempos, la recrudescencia del tráfico internacional de estupefacientes, que dio lugar a la aprobación en 1988 de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, han hecho de esta cuestión una preocupación de primer orden.

61. El Sr. Al-Baharna desea ante todo formular algunas observaciones de carácter general antes de opinar sobre las opciones propuestas por el Relator Especial.

62. En primer término, no duda de que ésta sea la oportunidad de crear un tribunal penal internacional; en efecto, una medida de esta naturaleza sería un adelanto respecto de la norma de referencia existente, la obligación de juzgar o de conceder la extradición. Además, un tribunal penal internacional sería tal vez más objetivo e imparcial que un tribunal nacional y contribuiría también a promover una interpretación uniforme y sistemática del derecho. Pero ¿es ello posible en el estado actual del derecho internacional? Algunos Estados han expresado sus reservas a este respecto, argumentando que el establecimiento de esa jurisdicción suscitaría graves dificultades. En particular, han señalado la necesidad de que exista consenso sobre varias cuestiones complejas, como, por ejemplo, los medios para reunir las pruebas, las normas de procedimiento que deberían aplicarse, las facultades en materia de instrucción y acusación, así como las penas y su ejecución. Evidentemente, se trata de problemas de orden práctico pero que no parecen insolubles. La Comisión deberá realizar un examen crítico del conjunto de problemas que se plantea para elaborar normas y procedimientos viables y realistas.

63. En segundo lugar, en lo que respecta a la cuestión de saber si el tribunal debería tener competencia respecto del conjunto de crímenes previstos en el código o de algunas categorías solamente, el Sr. Al-Baharna está dispuesto a examinar todas las sugerencias. Evidentemente, en las circunstancias actuales tal vez sería más conveniente que se limitara la competencia del tribunal sólo a los crímenes internacionales reconocidos sin reserva como tales, pero el Sr. Al-Baharna no está seguro de que ello sea razonable. En lugar de un enfoque «minimalista» o «maximalista», prefiere el criterio de la flexibilidad, que permita al tribunal conocer de un número cada vez mayor de crímenes internacionales. A este respecto, observando que la competencia de la Corte Internacional de Justicia está basada en el consentimiento de los Estados, el Sr. Al-Baharna opina que la Comisión debería mantener ese principio en el presente caso. De otro modo, existe el riesgo de un sistema demasiado idealista.

64. En tercer lugar, en cuanto a la importante cuestión de la estructura y organización del tribunal previsto, no tiene tampoco ideas preconcebidas y desearía que la Comisión también examinara esas cuestiones sin ninguna limitación. Si bien en otras oportunidades la Comisión se ha opuesto a la idea de recurrir a la CIJ para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales, aunque ello habría sido posible mediante una revisión del artículo 34 de su estatuto, no debe considerarse obligada por esa posición y debe enfocar la cuestión con un espíritu nuevo. Habida cuenta del mandato de la Asamblea General, que de conformidad con el párrafo 1 de su resolución 44/39 le

¹² Anuario... 1988, vol. II (segunda parte), pág. 71.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Véase 2150.ª sesión, nota 8.

pide que se ocupe de la cuestión de establecer un tribunal penal internacional «u otro mecanismo de justicia penal internacional», la Comisión debería adoptar esta perspectiva para examinar los estatutos del Tribunal de Nuremberg y el Tribunal de Tokio y ver si puede basarse en ellos. En este mismo orden de ideas, la Comisión debería analizar el estatuto del procedimiento del Tribunal Internacional del Derecho del Mar.

65. En cuarto término, la cuestión de la relación entre un tribunal penal internacional, u otro mecanismo de justicia penal internacional, y los tribunales nacionales, suscita tanto problemas de principio como de orden técnico. En la actualidad, la competencia respecto de los crímenes de genocidio, secuestro de aeronaves y tráfico internacional de estupefacientes corresponde a los tribunales nacionales. Por razones de principio, quizás algunos Estados prefieren que así sea. Sin embargo, suponiendo que estén dispuestos a aceptar la competencia de un mecanismo de carácter internacional, además de los tribunales nacionales, ¿en qué condiciones ejercerá su competencia cada jurisdicción y cuáles serán las relaciones entre ellas? ¿Es posible que los tribunales nacionales sean tribunales de primera instancia y que el tribunal internacional o el mecanismo jurisdiccional constituya la instancia de apelación? Todas estas y otras cuestiones exigen un examen detenido.

66. En quinto y último lugar, la competencia del tribunal penal internacional para juzgar a los Estados además de los individuos suscita problemas específicos. El mero hecho de que un Estado sea una persona moral da lugar a problemas de orden teórico: ¿pueden los Estados recurrir a los medios de defensa establecidos para las personas? ¿Se pueden utilizar respecto de los Estados los métodos de investigación utilizados respecto de individuos? ¿Se puede castigar a un Estado como se puede castigar a un individuo?

67. Al finalizar estas observaciones generales, el Sr. Al-Baharna dice que en principio apoya la idea de establecer un tribunal internacional o un mecanismo apropiado de carácter internacional que tenga competencia para el conocimiento de los crímenes internacionales. Para hacer realidad esta idea, la Comisión debe recurrir a toda su diplomacia y elaborar un estatuto que sea aceptable para el mayor número posible de Estados.

68. Al pasar a referirse a las cuestiones de que trata el informe-cuestionario que se examina y, en particular, a la competencia del tribunal, el Sr. Al-Baharna recuerda que ha adoptado una posición flexible a este respecto. Lo importante es saber si la competencia del tribunal debería limitarse a los crímenes más graves previstos en el código, si debería ampliarse a todos los crímenes previstos en el código o si además de los crímenes definidos en el código debería abarcar los demás crímenes internacionales definidos como tales en otros instrumentos internacionales en vigor. Por su parte, le parece más lógico que se adopte la segunda hipótesis. Por ello, apoya la variante A presentada por el Relator Especial (*ibid.*, párr. 80), sin perjuicio de expresar sus reservas en cuanto a la expresión «personas físicas» que en ella se emplea. En efecto, considera que existen razones suficientes para pensar en ampliar la competencia del tribunal a las «personas jurídicas», pues algunas de esas personas no deberían quedar exentas de toda responsabilidad en el caso de ciertos crímenes. En cuanto a la necesidad o no del acuerdo de otros Estados, el Sr. Al-

Baharna dice que prefiere la variante B (*ibid.*, párr. 84) y está plenamente de acuerdo con el Relator Especial en que la variante A, inspirada en el artículo 27 del proyecto de estatuto de 1953, no es realmente apropiada.

69. En lo que respecta al modo de designación de los magistrados, el Sr. Al-Baharna prefiere la variante A (*ibid.*, párr. 86), porque los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad afectan a la comunidad internacional en su conjunto y no sólo a los Estados que serían partes en el estatuto del tribunal previsto. Acoge complacido la sugerencia de que los magistrados sean elegidos no sólo por la Asamblea General sino también por el Consejo de Seguridad, al igual que los magistrados de la CIJ.

70. En relación con el ejercicio de la acción penal, el Sr. Al-Baharna, al igual que otros miembros de la Comisión, se opone a las variantes A y C (*ibid.*, párr. 88), porque el hecho de ejercitar una acción contra un Estado que no es parte en el estatuto del tribunal atentaría contra las normas del derecho internacional general. La variante B sería aceptable, pero como han sugerido algunos miembros de la Comisión, convendría que se precisara también que las partes en el código serán automáticamente partes en el estatuto del tribunal.

71. En lo que respecta al ministerio público, el Sr. Al-Baharna acepta sin vacilación la variante B (*ibid.*, párr. 90). En efecto, la función del ministerio fiscal, que supone una especialización y técnica propias, es demasiado importante para que se deje al arbitrio del Estado querellante el nombramiento de un jurisconsulto que asuma esa función en cada caso.

72. En cuanto a la instrucción, el Sr. Al-Baharna considera que el texto presentado por el Relator Especial (*ibid.*, párr. 92) es mejor que el del artículo 33 del proyecto de estatuto de 1953. En la presente etapa, ese texto no parece suscitar ningún problema, ni siquiera en cuanto señala que el número de magistrados que integren la sala será fijado en el estatuto del tribunal.

73. En relación con la autoridad de la cosa juzgada por la jurisdicción de un Estado, el Sr. Al-Baharna observa que el Relator Especial prefiere la variante B (*ibid.*, párr. 93), aun cuando ese texto parece dar al tribunal penal internacional previsto el carácter de instancia de revisión o de apelación. Ese texto sólo sería aceptable si el estatuto del tribunal contuviera una disposición expresa al respecto. En caso contrario, sería preferible mantener la variante A, que es la aplicación de la norma *non bis in idem*, en la forma en que se enuncia ya en el artículo 7 del proyecto de código¹⁵.

74. En lo que respecta a la autoridad de la cosa juzgada por el tribunal, el Sr. Al-Baharna apoya el texto presentado por el Relator Especial (*ibid.*, párr. 96); pero con miras a reforzar la autoridad del tribunal, preferiría que se sustituyeran las palabras «podrá conocer» por la palabra «conocerá». En efecto, al igual que otros miembros de la Comisión, considera que todo tribunal nacional debe abstenerse de conocer de un asunto que sería de su competencia desde el momento en que se le informe que ese asunto ha sido sometido al conocimiento del tribunal pe-

¹⁵ Véase nota 12 *supra*.

nal internacional. Así, se impedirán los conflictos de competencia entre el tribunal y las jurisdicciones nacionales.

75. En lo que respecta al desistimiento de la querrela, el Sr. Al-Baharna prefiere la variante B (*ibid.*, párr. 98), porque los crímenes de que se trata afectan a toda la comunidad internacional, como observa con razón el Relator Especial (*ibid.*, párr. 100).

76. En cuanto a las penas, no le parece satisfactorio ninguno de los tres textos presentados por el Relator Especial (*ibid.*, párr. 101). Señala, una vez más, que es preciso establecer penas para cada uno de los crímenes definidos, pues de lo contrario el tribunal penal internacional no podría funcionar y ni siquiera existir. Ahora bien, los textos propuestos, al igual que el artículo 32 del proyecto de estatuto de 1953, facultan al tribunal para imponer a su arbitrio «cualquier pena que estime justa». Esto es difícilmente aceptable en un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, en el que necesariamente se deben determinar las penas y demás sanciones de orden pecuniario. Las multas y el embargo de bienes serían las sanciones más apropiadas respecto de las personas morales, en el caso de que el código les sea aplicable.

77. En lo que respecta a las disposiciones financieras, el Sr. Al-Baharna considera que el tribunal penal internacional no podría funcionar debidamente en cuanto órgano judicial independiente y permanente si su financiación se hiciese con cargo a un fondo mantenido por los Estados partes en el estatuto, como se prevé en la variante B (*ibid.*, párr. 106). Por ello, apoya la variante A y considera incluso que, al igual que la CIJ, el tribunal penal internacional debería ser un órgano judicial de las Naciones Unidas.

78. Quedan todavía varias cuestiones de detalle que deben examinarse. Por ejemplo, las normas sobre la prueba, el interrogatorio de los testigos, la ejecución de las penas, la detención provisional, etc. Asimismo, todas las cuestiones relativas a la policía y las cárceles: ¿deben existir una policía internacional y cárceles internacionales? ¿Quién tendrá al acusado bajo su custodia a la espera de la iniciación del juicio? Todas estas cuestiones deben ser examinadas a fondo en el momento oportuno.

79. En realidad, por el momento y de conformidad con el párrafo 1 de la resolución 44/39 de la Asamblea General, se ha invitado a la Comisión a que en el período de sesiones siguiente de la Asamblea General presente una opinión jurídica y no un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional, lo que podría pedírsele más adelante.

80. El Sr. KOROMA señala que la cuestión del establecimiento de un tribunal penal internacional es consecuencia lógica de la aprobación provisional por la Comisión del artículo 4 del proyecto de código¹⁶, sobre la obligación de juzgar o de conceder la extradición; esa obligación se considera ya como un principio general del derecho internacional y ella atiende a la petición de la Asamblea General, en la forma en que se formula en el párrafo 1 de su resolución 44/39 de 4 de diciembre de 1989. El examen de esta cuestión ha dado lugar a debates muy prolongados, de gran interés y erudición. La Comisión y la Asamblea General han contribuido al debate en diversas oportunidades. En la actualidad, todo hace pensar que las dificultades

mencionadas, por ejemplo, en relación con la soberanía de los Estados, los posibles conflictos de competencia entre un tribunal penal internacional y los tribunales nacionales, no son insolubles.

81. El tribunal penal internacional ayudará a las Naciones Unidas a mantener la paz y la seguridad internacionales y a fomentar el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas, sin distinción de raza, color o convicciones. También permitirá asegurar la aplicación del futuro código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y tanto el establecimiento del tribunal como la aprobación del código serán la respuesta a las críticas sobre vicio de legalidad en derecho penal que se han formulado en ocasiones contra los tribunales establecidos para el enjuiciamiento de crímenes que no estaban definidos previamente. Así, el código debería reforzar la primacía del derecho en las relaciones internacionales. De crearse, el tribunal penal internacional será un instrumento de disuasión y una garantía para los Estados cuyas instituciones se encuentran actualmente en peligro.

82. En lo que respecta a la competencia del tribunal, observando que la Comisión ha decidido incluir en el código sólo los crímenes más graves contra la paz y la seguridad de la humanidad y que los Estados vacilan en renunciar a su soberanía plena y cabal respecto del conjunto de crímenes, el orador opina que la competencia de ese tribunal debería abarcar sólo los crímenes respecto de los cuales existe un consenso internacional, sin perjuicio de que ulteriormente el ámbito de esa competencia se amplíe a los crímenes definidos como tales en otros instrumentos internacionales actuales o futuros.

83. En lo que respecta a la necesidad o no del acuerdo de otros Estados, el Sr. Koroma considera que ninguno de los textos presentados por el Relator Especial en la tercera parte de su informe (A/CN.4/430 y Add.1, párr. 84) es de un alcance suficientemente amplio en la medida en que suponen el consentimiento de los gobiernos culpables de organizar o tolerar actos criminales. El tribunal penal internacional debería estar dotado de una competencia universal, esto es, conocer de los crímenes, cualquiera que sea el lugar donde se hayan cometido. Por otra parte, el Sr. Koroma se pregunta a este respecto si las palabras «competence» y «jurisdiction» que figuran en la versión inglesa son sinónimas.

84. En cuanto al modo de designación de los magistrados, el Sr. Koroma es partidario de que se elijan por la mayoría absoluta de la Asamblea General, pero considera que se debería tener en cuenta el estatuto de la Corte Internacional de Justicia; además, los candidatos deberán ser de reconocida competencia en materia de derecho internacional y representar los principales sistemas jurídicos. También convendría determinar el número de magistrados que constituirán el tribunal.

85. En lo que respecta a la atribución de competencia, habida cuenta de la gravedad de los crímenes previstos, todo Estado miembro debería poder someter asuntos al conocimiento del tribunal, con el acuerdo del órgano de las Naciones Unidas previsto en el estatuto pertinente. Sin embargo, como acaba de sugerir el Sr. Solari Tudela, también se podría prever la posibilidad de que una institución internacional, una organización no gubernamental o incluso un particular puedan recurrir al tribunal cuando un

¹⁶ Véase nota 13 *supra*.

gobierno no esté dispuesto a enjuiciar a sus nacionales. En la esfera del derecho internacional humanitario no cabe discutir la importancia de algunas organizaciones no gubernamentales, a las que se puede considerar como imparciales. Convendría tener presente esta proposición.

86. En lo tocante al ministerio público, el Sr. Koroma sería partidario de un órgano colegiado, dotado de una secretaría de carácter permanente capaz de ayudar al fiscal general encargado de un asunto y de examinar los aspectos institucionales del mismo. De ese modo se aseguraría lo que se denomina la memoria institucional.

87. La Sala de instrucción y remisión prevista constituye una solución aceptable. Pero se debería precisar la índole de las decisiones que puede adoptar esta Sala —por ejemplo, ¿puede decretar el sobreesimiento?—, así como los recursos que existan, por ejemplo, ¿el derecho de apelación? A este respecto, es concebible que exista un orden jerárquico de instancias de apelación en el propio tribunal, que funcione sobre la base de un sistema de Salas.

88. Las penas deben fijarse para cada crimen. Si bien nadie es partidario de un castigo cruel o inhumano, la Comisión debe esforzarse por encontrar bases racionales sobre este punto. En efecto, no se podría dar la impresión de que para el tribunal los intereses del acusado serían más importantes que los de la víctima. Por otra parte, cabe observar que las penas son extremadamente diferentes en las distintas jurisdicciones e incluso en los distintos Estados de un país federal. Es necesario, pues, racionalizar las penas sin olvidar que como se trata de crímenes de una gravedad extrema no se puede ser demasiado indulgente. No obstante, el Sr. Koroma se opone por principio a la pena de muerte.

89. Por otra parte, en el informe que la Comisión presente a la Asamblea General se deberá destacar la debida observancia de las normas generales de justicia, consagradas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, como los derechos de la defensa, la autoridad de la cosa juzgada, etc.

90. En respuesta a la petición hecha por la Asamblea General en su resolución 44/39 en relación con el establecimiento de un tribunal penal internacional que tenga jurisdicción sobre las personas que participan en el tráfico ilícito de estupefacientes, la Comisión debería, como sugiere el Sr. Arangio-Ruiz (2156.ª sesión), remitir a la Asamblea General el cuestionario de la tercera parte del octavo informe del Relator Especial, junto con las observaciones formuladas en el curso del debate. De ese modo, se estaría atendiendo de inmediato a una necesidad urgente expresada por la comunidad internacional.

91. El Relator Especial ha presentado nuevos proyectos de artículos (véanse párrs. 23 a 26 *supra*) sobre los cuales el Sr. Koroma desea formular algunas observaciones. El texto revisado sobre la complicidad parece más apropiado por cuanto permite diferenciar mejor al autor principal del crimen y a los cómplices que actúan con anterioridad o con posterioridad a la ejecución del hecho. Cabe también felicitarse de los textos revisados sobre la conspiración y la tentativa. Sin embargo, en lo que respecta al texto revisado sobre el tráfico de estupefacientes, el Sr. Koroma observa que ese texto no trata más que de los hechos, por lo que convendría agregar una referencia a la intención criminal.

92. El Sr. BARSEGOV dice que la creación de un tribunal penal internacional, cuestión que desde hace mucho tiempo se consideraba necesaria, es actualmente posible. Esta es la primera observación que la Comisión debe hacer en su informe a la Asamblea General. Todavía quedan varios obstáculos que deberán solucionarse, pero existe una evolución que responde por lo demás al espíritu que prevalece en la Unión Soviética. Como representante del sistema jurídico de su país, el Sr. Barsegov está dispuesto a actuar con toda la flexibilidad necesaria en el interés de la justicia y el derecho internacional.

93. La forma de cuestionario que el Relator Especial ha dado a la tercera parte de su informe (A/CN.4/430 y Add.1) es una solución afortunada que permite atender mejor la petición de la Asamblea General mientras se prepara la respuesta sobre las mejores soluciones posibles. La primera cuestión que se plantea, y que es determinante para todas las demás, es la de los límites de la jurisdicción del tribunal penal internacional que haya de establecerse. Esa cuestión está estrechamente vinculada a los fundamentos de esa jurisdicción. Las posibles soluciones reflejan dos enfoques opuestos. Conforme al primero de ellos, el Estado mantiene su derecho soberano de juzgar a sus nacionales por los crímenes cometidos sobre su territorio, pero, en una decisión de carácter facultativo, puede reconocer la jurisdicción del tribunal internacional. Conforme al segundo enfoque, la jurisdicción del tribunal es reconocida independientemente de las estructuras políticas existentes, y el tribunal conoce de todos los asuntos que guarden relación con los crímenes previstos en el código, sin que sea necesaria una atribución de competencia de parte de los Estados.

94. Sobre la base del estado actual de desarrollo del derecho internacional, el Sr. Barsegov considera poco afortunado que se contrapongan de este modo la idea de un tribunal internacional y la noción de Estado soberano, surgida en el siglo XIX y reforzada durante la guerra fría. Por otra parte, no sería muy realista que se diera al tribunal el carácter de órgano supranacional dotado de una competencia independiente de la voluntad de la comunidad internacional. En efecto, las normas de derecho penal internacional son obra de los Estados, la creación del tribunal es decidida por los Estados y su propia jurisdicción es reconocida por los Estados, que de ese modo limitan considerablemente su soberanía. Todavía no existen normas supranacionales ni órganos legislativos de carácter supranacional. La base jurídica de la creación del tribunal debe ser su estatuto. El Estado que pase a ser parte en el estatuto reconoce *ipso facto* la competencia del tribunal internacional y acepta por ende la limitación de su soberanía.

95. Como en este caso se trata de crímenes internacionales de una gravedad extrema, en que las víctimas pueden ser pueblos enteros, existe la gran tentación de dotar al tribunal de competencia respecto de todos los crímenes internacionales, e incluso respecto de los crímenes futuros. Pero en el estado actual de desarrollo del derecho internacional es indispensable que se definan claramente el fundamento y el ámbito de la jurisdicción del tribunal previsto. Sólo así se podrán solucionar las dificultades que surgieron durante el examen de esta cuestión en una época en que la noción de soberanía de los Estados tenía primacía. En la situación actual, en que los Estados siguen teniendo una cierta desconfianza en su enfoque de la cues-

ción, el factor determinante es el grado de precisión con que se logre definir la jurisdicción del tribunal. Para que éste pueda funcionar, es fundamental también que se defina el derecho sustantivo. La variante A propuesta por el Relator Especial (*ibid.*, párr. 80) es la que mejor satisface ambas preocupaciones: los Estados partes en el estatuto estarían de acuerdo en que todos los asuntos relativos a los crímenes previstos en el código queden comprendidos en la esfera de competencia del tribunal.

96. Pero ello no significa que otros Estados no partes en el estatuto del tribunal no puedan recurrir a éste en relación con determinadas categorías de crímenes previstos en convenciones internacionales. En la resolución 260 B (III) de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1948, se prevé justamente esta posibilidad, que la aprobación del código no debe excluir. Se podría ir todavía más allá declarando que la competencia del tribunal fijada en su estatuto y la lista de crímenes enumerados en el código pueden ampliarse para abarcar crímenes previstos en las convenciones internacionales. En ambos casos, cabe plantearse la cuestión de los Estados que reconozcan la jurisdicción del tribunal en razón de las diferentes categorías de crímenes de que se trate.

97. Evidentemente, si el tribunal es un órgano de las Naciones Unidas —para lo cual se deberá modificar la Carta—, su competencia podría ser reconocida por todos los Estados Miembros. Si el tribunal es un órgano autónomo, su competencia se extenderá a los Estados partes en su estatuto respecto de los crímenes previstos en el código y, además, podrá extenderse a otros crímenes sobre la base de convenciones internacionales. Cabe prever también la posibilidad de que se sometan asuntos al conocimiento del tribunal sobre una base *ad hoc*, aun cuando el Estado de que se trate no sea parte ni en su estatuto ni en las convenciones internacionales pertinentes.

98. Las modalidades de atribución de competencia respecto de cada una de esas figuras delictuales podrían ser diferentes. Pero la base de la institución seguiría siendo su estatuto, que consagraría el reconocimiento definitivo de su competencia respecto de los crímenes previstos en el código. Cabe estudiar la posibilidad de que los Estados partes en el estatuto determinen qué crímenes previstos en el código estarían sujetos a la jurisdicción del tribunal, pero de ese modo se pondría en duda o incluso se negaría el concepto mismo de la creación de un tribunal internacional.

99. En lo que respecta a la competencia, la Comisión se ha planteado la cuestión de la relación entre el código y el estatuto del tribunal. A este respecto, la lista de actos criminales punibles reviste una gran importancia. El código debe abarcar todos los crímenes reconocidos como tales por la comunidad internacional y cuyos elementos integrantes estén determinados. Pero esta cuestión entraña además otro aspecto. Como ha señalado el Sr. Roucouas (2156.ª sesión), el código y el estatuto son dos cuestiones diferentes y no se podrá hablar de universalidad del derecho penal internacional si el código no es ampliamente aceptado. En opinión del Sr. Barsegov, a esta cuestión se suma un segundo elemento, el del fundamento jurídico de las normas que figuran en el código. Esas normas pueden estar enunciadas en convenciones que no sean de carácter universal pero tener no obstante esa característica por dimanar del derecho consuetudinario. Por ejemplo, la Con-

vención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, de 1948, sólo ha sido ratificada por 90 Estados, pero el genocidio se reconocía como crimen internacional desde antes de la aprobación de esa Convención y se han llevado a cabo procesos por genocidio tanto en Nuremberg como en tribunales nacionales. El enjuiciamiento del genocidio tiene, pues, una base más amplia que la Convención. Los Estados que no son partes en las convenciones de esta naturaleza no pueden sostener que las disposiciones del código relativas a determinados crímenes no les afectan. De ahí que sea discutible la decisión de poner entre corchetes la expresión «de derecho internacional» que figura en el artículo 1 del proyecto de código aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura¹⁷.

100. El Sr. Barsegov desearía referirse a una cuestión planteada por el Sr. Graefrath (2154.ª sesión) en cuanto a la delimitación de la competencia entre los tribunales nacionales y el futuro tribunal penal internacional. Los tribunales nacionales y el tribunal penal internacional no se excluyen necesariamente. El tribunal internacional no podrá juzgar todos los crímenes cometidos en el mundo. Pero la coexistencia de ambos sistemas supone una línea de demarcación claramente establecida y que satisfaga el interés de la justicia. Así, el tribunal internacional podría actuar como tribunal de segunda instancia cuando existan razones para suponer que una sentencia de un tribunal nacional infringe las normas internacionales o tiene una base errada (por ejemplo, en el supuesto de que la participación en un genocidio se haya considerado como crimen de derecho común) o cuando surjan hechos nuevos. No se trata de una mera especulación, pues la experiencia muestra que los tribunales nacionales no se inclinan a condenar a nacionales del Estado acusados de un crimen de genocidio cometido en el territorio de ese Estado y generalmente con el apoyo de la estructura estatal. En estas circunstancias, si los tribunales nacionales se niegan a conocer del asunto aunque existan fundamentos para iniciar la acción penal, se podría recurrir al tribunal internacional en cuanto tribunal de primera instancia. De ese modo, no se violaría ningún derecho humano. Al contrario, el carácter internacional del tribunal es precisamente la mejor garantía de objetividad y protección de los derechos tanto del acusado como de la víctima. El Sr. Barsegov prevé un sistema en el que existan conjuntamente ambas jurisdicciones, sin excluir la posibilidad de que en ciertos casos el tribunal internacional actúe en única instancia, posibilidad que existe en ciertos sistemas nacionales en los que determinadas categorías de asuntos son juzgados directamente por instancias superiores, sin que nadie considere que ello atenta contra los derechos humanos.

101. La cuestión de la autoridad de la cosa juzgada por un tribunal nacional guarda estrecha relación con el principio *non bis in idem*. La decisión que adopte la Comisión a este respecto deberá atender al interés de la justicia. Al escuchar el debate, el Sr. Barsegov ha tenido la impresión de que la Comisión ha olvidado su decisión en la materia, adoptada con ayuda del Sr. Paul Reuter, lamentablemente desaparecido, quien tanto contribuyó a elaborar el artículo 7 del proyecto de código¹⁸, que figura en la sec-

¹⁷ *Anuario...* 1987, vol. II (segunda parte), pág. 13.

¹⁸ Véase nota 12 *supra*.

ción relativa a los principios generales. El Sr. Barsegov se refiere al caso de que una persona autora de un crimen internacional, por ejemplo, el crimen de genocidio, sea juzgada por un tribunal nacional como autora de un crimen de derecho común (homicidio o gamberrismo). En este caso, el fallo del tribunal nacional viola el derecho internacional. Evidentemente, cabe considerar que tales fallos violan las normas del código, que son obligatorias tanto para los tribunales nacionales como para el tribunal internacional.

102. Esta es la hipótesis que la Comisión tuvo presente cuando elaboró el párrafo 3 del artículo 7. En este caso —suponiendo que se cree— el tribunal penal internacional podría juzgar a las personas por el crimen que realmente han cometido, sin violar por ello el principio *non bis in idem*; cabe observar que a la inversa esto no sucede: un tribunal nacional no podrá revisar las decisiones del tribunal internacional, que es el más habilitado para calificar los crímenes de derecho internacional. Por estas razones, el Sr. Barsegov preferiría la variante B presentada por el Relator Especial (A/CN.4/430 y Add.1, párr. 93), a condición de que su texto se armonice con el párrafo 3 del artículo 7.

103. La respuesta a otras categorías de problemas está vinculada a consideraciones que son más de orden político que jurídico: el modo de designación de los magistrados y la determinación del órgano que podrá iniciar la acción penal dependen de la respuesta a la cuestión de si el tribunal será un órgano de las Naciones Unidas, cuestión que a su vez se vincula a la revisión de la Carta de las Naciones Unidas, hecho que hasta el presente se considera muy problemático. Si el tribunal es un órgano de las Naciones Unidas, todos los Estados Miembros serán partes en el estatuto y los magistrados serán nombrados de la misma manera que los de la Corte Internacional de Justicia. Como no es seguro que se adopte esta solución, se deberá examinar otra: la de que los magistrados sean elegidos únicamente por los Estados partes en el estatuto del tribunal.

104. El problema de la sumisión de asuntos al tribunal no es insoluble. La respuesta depende también de las relaciones del tribunal y las Naciones Unidas. Si el tribunal es un órgano de las Naciones Unidas, las variantes A y C (*ibid.*, párr. 88) son las más apropiadas. En caso contrario, existen diversas variantes posibles, todas las cuales excluyen la participación de las Naciones Unidas. Por ejemplo, se podría prever la creación de un ministerio fiscal del tribunal, que revista la forma de un órgano colegiado representativo de todos los sistemas jurídicos del mundo, de carácter permanente y que también esté encargado de la instrucción. Evidentemente, la solución que se ajustaría más a la naturaleza de los crímenes de derecho internacional es la de que todo Estado parte en el estatuto del tribunal tenga el derecho de iniciar la acción. No cabe olvidar el riesgo de abusos políticos, pero el propio tribunal podrá neutralizar esos abusos en cuanto órgano de composición internacional facultado para decidir en definitiva si conoce o no del asunto.

105. La cuestión de las penas es mucho más compleja de lo que parece a primera vista. Desde luego, el código debería determinar las penas para cada crimen, al igual que los códigos nacionales. Pero, ¿cuál ha de ser la escala de las penas? ¿Cómo conciliar los diversos criterios reflejados en 160 códigos penales nacionales? ¿Quién ha de hacer la

selección: la Comisión de Derecho Internacional, la Sexta Comisión de la Asamblea General? Además, la mayoría de los crímenes internacionales que están previstos en el código no lo están en las legislaciones nacionales. Es aconsejable sin duda que se establezca una escala de penas, pero a juicio del Sr. Barsegov ello no es una tarea fácil: ¿se ha de establecer la sanción mínima prevista en un determinado código y la sanción máxima prevista en otro? Estas cuestiones todavía están pendientes.

106. Por último, existen varias otras cuestiones que no se han solucionado, pero el Sr. Barsegov considera que ello sólo será posible cuando se logre un acuerdo sobre las cuestiones fundamentales inherentes al establecimiento del tribunal penal internacional.

Se levanta la sesión a las 13.10 horas.

2158.ª SESIÓN

Miércoles 16 de mayo de 1990, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Jiuyong SHI

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

Inmunities jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (A/CN.4/415¹, A/CN.4/422 y Add.1², A/CN.4/431³, A/CN.4/L.443, secc. E)

[Tema 4 del programa]

TERCER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

EXAMEN DEL PROYECTO DE ARTICULOS
EN SEGUNDA LECTURA

1. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a presentar su tercer informe sobre el tema (A/CN.4/431), en el que se examina de nuevo la serie completa de proyectos de artículos sobre las inmunities jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes aprobada provisionalmente por la Comisión en primera lectura en su 38.º período de sesiones, en 1986⁴, que dice:

¹ Reproducido en *Anuario* 1988, vol II (primera parte)

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

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

⁴ *Anuario* 1986, vol II (segunda parte), pags 8 y ss