

(A/CN.4/436)⁸. Abordar la cuestión de la solución de controversias llevaría mucho tiempo y, en cualquier caso, probablemente el Comité de Redacción no examinaría la cuestión.

42. El PRESIDENTE da las gracias al Sr. McCaffrey por su aclaración y entiende que la Comisión centrará su atención en el séptimo informe.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

⁸ Reproducido en *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte).

2209.^a SESIÓN

Jueves 16 de mayo de 1991, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Abdul G. KOROMA

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

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad¹ (continuación) [A/CN.4/435 y Add.1², A/CN.4/L.456, secc. B, A/CN.4/L.459 y Corr.1 y Add.1, ILC(XLIII)/Conf.Room Doc.3]

[Tema 4 del programa]

NOVENO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL
(continuación)

ARTÍCULO Z y

COMPETENCIA DE UN TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL³ (continuación)

1. El Sr. PELLET se pregunta ante todo si es posible abordar los puntos tratados en el noveno informe dedicado a esta cuestión sin que se haya tomado una posición

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

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

clara con respecto a la creación de un tribunal penal internacional. Lo mismo si se trata de la competencia del tribunal que de la acción penal, ¿de qué sirve trabajar sobre unas disposiciones si el tribunal no ha sido creado?

2. Otro tanto puede decirse de las penas aplicables y del proyecto de artículo Z. Si se crea el tribunal penal internacional, parece necesario, en efecto, interrogarse sobre las penas aplicables, aunque la respuesta diste mucho de ser obvia: en efecto, cabe preguntarse, en este caso, si no sería preferible dejar que cada Estado se encargue de fijar las penas aplicables, o bien limitarse a sentar principios generales o prever penas mínimas. Pero la situación es muy distinta si esa jurisdicción no llega a existir.

3. Para el Sr. Pellet, que no es contrario a la creación de tal jurisdicción y que es favorable a ella, la cuestión es, no obstante, demasiado grave para que sea zanjada por juristas. Ahora bien, si la Comisión ha dado a conocer su sentir sobre la cuestión, tal como le había pedido la Asamblea General, indicando en su último informe⁴ que había en su seno «un amplio acuerdo de principio sobre la conveniencia de crear un tribunal penal internacional como órgano permanente vinculado al sistema de las Naciones Unidas» —cosa que por lo demás suponía tal vez ir un poco lejos—, no ocurre así en el caso de la Asamblea General que, después de un debate confuso en la Sexta Comisión, se limitó en el párrafo 3 de la resolución 45/41 a remitir nuevamente la cuestión a la Comisión. Esta debería, pues, colocar a la Asamblea General y a la Sexta Comisión ante sus responsabilidades y decirles claramente que es imposible, además de inútil, llevar más lejos el examen de esta cuestión mientras ellas no hayan tomado una posición firme con respecto al principio de la creación de un tribunal penal internacional.

4. En espera de que se tome esta posición, el Sr. Pellet vacila antes de entrar en el debate que desea el Relator Especial y, absteniéndose de todo análisis a fondo, se contentará con exponer sus impresiones.

5. Refiriéndose en primer lugar al proyecto de artículo Z, el Sr. Pellet estima que el primer párrafo de éste ilustra muy bien el problema que él acaba de plantear. En efecto, si se crea un tribunal penal internacional y tiene una competencia exclusiva para dar aplicación al código, el principio que se establece en este párrafo parece bueno, pues en este caso hay que descartar la pena de muerte por dos razones: ante todo, porque su abolición es un progreso moral; pero, sobre todo, porque los Estados que la han abolido se resistirían a adherirse a un instrumento que la restableciera, aun tratándose de casos excepcionales, y tal vez ni siquiera tuvieran la posibilidad de hacerlo, puesto que la exclusión de la pena capital ha adquirido en algunos de ellos la fuerza de principio constitucional.

6. Pero el problema se plantea en términos muy diferentes si el código debe ser puesto en práctica por los tribunales nacionales. En ese caso, tal vez resultara, por el contrario, difícilmente aceptable excluir la pena de muerte para los individuos juzgados en Estados que no hayan abolido la pena de muerte para crímenes mucho

⁴ *Anuario... 1990*, vol. II (segunda parte), párr. 155.

menos graves. Habría entonces una inversión de valores muy criticable, y lo mejor en tal caso sería sin duda prever que los tribunales pronunciarían la pena prevista por la ley nacional para los crímenes más graves.

7. Una vez más, cabe preguntarse cómo tomar una posición definida cuando no se sabe cuáles serán los órganos competentes para dictar las penas.

8. Como cuestión secundaria, el Sr. Pellet señala a la atención del Relator Especial un problema de vocabulario que se refiere al uso en el primer párrafo del proyecto de artículo Z de la expresión «pena de prisión perpetua». Como el derecho interno suele utilizar un vocabulario más detallado (el derecho penal francés distingue la *détention* y la *réclusion* del *emprisonnement*), tal vez convendría una fórmula más neutra como la de «privación de libertad».

9. Refiriéndose al segundo párrafo del proyecto de artículo Z, el Sr. Pellet aprueba la posibilidad de graduar la pena. Pero duda de que esta graduación deba depender únicamente de la existencia de circunstancias atenuantes, pues pueden entrar en juego otros factores: la irresponsabilidad penal parcial del acusado, por ejemplo. El orador se pregunta también si la libertad de opción que se deja al tribunal es suficientemente amplia. Por último, duda de que la prisión perpetua sea aceptable, y recuerda que varios miembros de la Comisión han manifestado que este tipo de pena les parecía contrario a los principios de los derechos humanos y que está prohibida en sus países.

10. En cuanto al tercer párrafo del proyecto de artículo, colocado entre corchetes, la idea en que se funda es buena, pero su formulación plantea gran número de problemas. En primer lugar, la expresión «bienes... de los que se haya apoderado ilegalmente» parece incluir los «bienes sustraídos», cosa que hace inútil esta segunda expresión. En segundo lugar, deberían confiscarse también los beneficios obtenidos de bienes adquiridos ilegalmente. En tercer lugar, no se comprende bien por qué la incautación de esos bienes pudiera ser solamente parcial, y el argumento aducido a este respecto en el informe es poco convincente, pues ni el criminal mismo, ni su cónyuge o sus herederos deben beneficiarse de esos bienes adquiridos ilegalmente. En cuarto lugar, aunque se trate de una idea muy digna de elogio, el Sr. Pellet no acierta a ver en virtud de qué principio el tribunal debería adjudicar los bienes de que se trata a una organización humanitaria. Los bienes sustraídos deben ser restituidos a sus propietarios legítimos: como ya lo han señalado varios miembros de la Comisión, esa es una regla fundamental. Únicamente en el caso muy particular en que el propietario despojado haya fallecido sin dejar derechohabientes se plantearía el problema de su adjudicación.

11. Por lo demás, cabría prever igualmente que los bienes legítimos del criminal sean total o parcialmente incautados, o incluso —lo cual vendría a ser prácticamente lo mismo— que el criminal sea condenado a pagar una multa. Pero, en cualquier caso, tanto si se trata de bienes adquiridos ilegalmente cuyo propietario legítimo ha desaparecido, como si se trata incluso del producto de una multa como sanción penal, no es seguro que la adjudicación a una organización humanitaria indeterminada sea una solución satisfactoria. Habida cuenta de que, en general, un crimen contra la paz y la seguridad de la huma-

nidad causa víctimas, parecería más normal, en aras de la justicia natural, que esos bienes sean afectados en primer lugar a la reparación —forzosamente parcial— de los daños sufridos por las víctimas. Tal parece ser, por otra parte, la idea básica del artículo 28 del estatuto del Tribunal de Nuremberg, que preveía la entrega de los bienes confiscados al Consejo de Control de Alemania⁵.

12. Pasando a referirse al proyecto de disposición sobre la competencia del tribunal, texto inspirado en el principio de la territorialidad de la competencia penal, el Sr. Pellet dice que, si bien la territorialidad es en efecto el fundamento de la mayor parte de los sistemas nacionales de represión penal, es importante tener en cuenta otro principio, el de que la competencia de las jurisdicciones penales dimana de la competencia de la ley penal misma: dicho de otro modo, debido a que la ley penal se funda en el principio de la territorialidad, la competencia de los tribunales nacionales represivos es, en principio, territorial. Pero, ¿cabe trasponer esta regla a la materia de que se ocupa la Comisión? Esta cuestión se plantea, porque en este ámbito la ley penal está «desterritorializada», «internacionalizada». Está constituida por textos internacionales, bien sea por el propio código como por convenciones especiales. No parece, pues, que haya motivos para atribuir un estatuto privilegiado al Estado en cuyo territorio se ha cometido el crimen. Es la comunidad internacional entera la que está afectada, y parece suficiente que el Estado en cuyo territorio se encuentre el presunto culpable someta el asunto al tribunal.

13. Así lo entienden, por lo demás, las convenciones pertinentes, que adoptan todas ellas el llamado —sin duda impropriamente— sistema de la represión universal. El Sr. Pellet no cree que la Comisión, al adoptar incluso este sistema en el código o en el estatuto del tribunal, o incluso en los dos instrumentos, adoptara una decisión demasiado audaz, como parece temer el Relator Especial.

14. Parece inútil en esta fase examinar detenidamente el texto del proyecto de disposición propuesto, que, por otra parte, parece plantear algunos problemas. Pero resulta efectivamente interesante prever, como lo hace el Relator Especial en los párrafos 4 y 5, que el tribunal, si lo hay, pueda desempeñar la función de órgano regulador en caso de conflicto de jurisdicción o pronunciarse en caso de duda sobre la significación de una disposición convencional en materia penal internacional.

15. A propósito de la acción penal, el Sr. Pellet advierte que, según el párrafo 2 del texto propuesto por el Relator Especial sobre esta materia, esta acción estaría subordinada, en caso de agresión, a la determinación del crimen por el Consejo de Seguridad, al cual confiere esta competencia el Artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas. No obstante, fuerza es advertir que la intervención del tribunal no se situaría en el mismo plano. En primer lugar, para el tribunal no se trataría de restablecer la paz y la seguridad, sino de juzgar a los criminales que hubieran puesto en peligro la paz y la seguridad, determinar si la agresión es imputable a un determinado individuo y extraer de ello las consecuencias. En segundo lugar, mientras que el Consejo de Seguridad se pronuncia

⁵ Véase 2207.ª sesión, nota 5.

en función de criterios políticos, el tribunal juzgaría exclusivamente en función del derecho. Sin duda, si el Consejo de Seguridad determinara la existencia de una agresión, el tribunal estaría obligado por esa determinación. Pero no es seguro que ocurra lo mismo en el caso inverso. Cabe muy bien imaginar que el Consejo de Seguridad no determine como agresión un acto determinado aun cuando concurren los elementos constitutivos del crimen de agresión. Estos casos pueden incluso producirse a menudo, aunque sólo sea por el derecho de veto. Y sería difícilmente admisible que, porque un Estado goza del derecho de veto, sus dirigentes, o los de un Estado protegido por él, sean tratados de distinta manera que los de otro Estado más pequeño o más aislado. La regla consistente en aplicar «dos pesos y dos medidas» es sin duda criticable en todos los casos, pero es comprensible en el plano político; deja de serlo desde un punto de vista jurídico, y menos todavía desde un punto de vista judicial.

16. Por lo demás, es ciertamente este principio el que aplicó la Corte Internacional de Justicia en su decisión de 1986 en el asunto entre Nicaragua y los Estados Unidos de América⁶. La Corte, en efecto, no se negó en modo alguno a examinar la cuestión de si uno de los Estados partes en la diferencia había sido culpable de un acto de agresión que no había sido determinado por el Consejo de Seguridad.

17. Por último, el Sr. Pellet desea reiterar que, si ha aceptado dedicarse a este ejercicio de impresionismo jurídico, ha sido solamente en deferencia al deseo del Relator Especial de que se celebre un debate. Pero, a su juicio, sería preferible dejar la cuestión como está en espera de que la Asamblea General asuma sus responsabilidades, cosa que la Comisión, con la mayor firmeza, debería invitarla a hacer en su informe.

18. El Sr. BARBOZA, refiriéndose a la cuestión de las penas, dice que, del mismo modo que el código describe con precisión los crímenes de que se trata, debe imponer expresamente las penas aplicables a los autores de esos crímenes. Pero las disposiciones relativas a las penas deberían, al igual que las referentes a los crímenes, reflejar el sentir y los valores de la comunidad internacional, que pueden ser diferentes de los de cada una de las comunidades nacionales.

19. Se plantea a continuación la cuestión de si hay que prever una pena distinta para cada uno de los crímenes previstos en el código, o bien una pena básica uniforme aplicable a todos esos crímenes, o incluso si hay que delegar expresamente en el tribunal las facultades de determinar la sanción penal. Rechazando esta última solución, que fue prevista en el proyecto de código de 1954, pero que, a su juicio, no es compatible con el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, el Sr. Barboza considera, lo mismo que el Relator Especial, que es preferible fijar una pena básica única: como los crímenes previstos son todos de mucha gravedad, no habría que penarlos de modo muy diferente. Ahora bien, lo mismo que en el derecho interno, habría que delegar en el juez la adaptación

de esta pena según las circunstancias del caso y la personalidad del delincuente.

20. En lo que se refiere a la naturaleza de la pena, el Sr. Barboza no es partidario de la prisión perpetua. Pueden preverse otras soluciones, tanto más cuanto que, al cabo de cierto tiempo y cuando el criminal ha dejado de constituir un peligro, debería poder extinguirse la vindicta pública. El Sr. Barboza no está de acuerdo tampoco con el último párrafo del artículo Z, que figura entre corchetes. Los bienes que el criminal haya sustraído o de los que se haya apoderado ilegalmente, lo mismo que los beneficios obtenidos de ellos, deben devolverse íntegramente a sus dueños legítimos. Estos bienes no pueden ser objeto de incautación. Como ha dicho el Sr. Pellet, la familia del criminal no tiene tampoco derecho alguno a estos bienes. En cambio, si se prevé una pena pecuniaria, una especie de multa penal, se podría pensar entonces en destinar el importe a un organismo humanitario.

21. Refiriéndose a continuación a la cuestión de la competencia del tribunal penal internacional, el Sr. Barboza dice que los párrafos 1 y 2 del proyecto de disposición propuesto son, en este sentido, los más controvertidos. El párrafo 1 parece establecer el principio general de la territorialidad de la ley penal, y el párrafo 2 el principio de la personalidad activa y pasiva, y el llamado principio de la protección real, que subordinaría en cierto modo la competencia del tribunal al reconocimiento, por la legislación interna del Estado o Estados víctimas, de la competencia de sus propios tribunales para juzgar a los delincuentes. ¿Pero qué ocurriría si el derecho del Estado donde se haya cometido el crimen no contiene disposición alguna sobre la competencia de sus tribunales en relación con estos actos? ¿Se asignaría forzosamente la competencia a esos tribunales? En caso afirmativo, ¿cuál es la diferencia entre los párrafos 1 y 2, fuera de que el párrafo 2 prevé expresamente que la legislación interna debe reconocer la competencia de los tribunales de los Estados interesados, mientras que el párrafo 1 no lo dice expresamente? Sería conveniente que el Relator Especial esclarezca esta cuestión.

22. Además, son muchos los Estados que tendrían que ceder jurisdicción, y la opción tácita entre juzgar ellos mismos al acusado o delegar en el tribunal penal internacional es tan rica en posibilidades que, teniendo en cuenta la tendencia natural de los Estados a no renunciar a su jurisdicción, el tribunal vería considerablemente disminuida su competencia.

23. En suma, en el texto propuesto, el tribunal penal internacional parece un mero complemento de la jurisdicción de cada país, llamado a dirimir conflictos de competencia judicial (párr. 4) y a unificar la jurisprudencia en caso de fallos divergentes dictados con respecto a un mismo crimen. Esta observación es igualmente aplicable a la función que el tribunal desempeñaría si hubiese de conocer de una demanda de interpretación de una regla de derecho penal internacional. El Relator Especial ha señalado que ha procurado tener en cuenta la realidad internacional contemporánea, que parece impedir que se confiera una jurisdicción más amplia al tribunal penal internacional previsto. Por su parte, el Sr. Barboza preferiría que se adoptara la regla de la territorialidad de la ley penal o, como se ha sugerido, la regla de la competencia

⁶ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, pág. 14.

del tribunal del Estado donde ha sido apresado el acusado. En todo caso, es importante no multiplicar las posibilidades de atribución de competencia y limitarse a una regla única, que sea la más lógica y la más aplicable.

24. El párrafo 5 es interesante, porque atribuye al tribunal una especie de competencia interpretativa —aparentemente *in abstracto*— respecto de las normas de derecho penal internacional. Cabría también, como sugería el Sr. Graefrath (2208.ª sesión), la posibilidad de conferir una jurisdicción consultiva para casos concretos: el tribunal sería así un instrumento de presión internacional que contribuiría a guiar y formar la opinión pública internacional. Sería conveniente que el Relator Especial explorara esta posibilidad.

25. Con respecto a la acción penal, el Relator Especial propone un texto que prevé, en el párrafo 1, que es ejercida por los Estados y, en el párrafo 2, que, en el caso de crímenes de agresión o de amenaza de agresión, estará subordinada a la previa determinación de esos crímenes por el Consejo de Seguridad. El Sr. Barboza, que comparte las observaciones que sobre este punto ha hecho el Sr. Pellet, se pregunta cuál es el sentido de esta reserva. No cabe duda de que, si el Consejo de Seguridad determina que tal o cual acto perpetrado por un Estado constituye una agresión, o una amenaza de agresión, el tribunal penal internacional no podrá caracterizar ese acto de otro modo, sin constituir una fractura en el sistema de las Naciones Unidas. Además, ¿qué ocurrirá si el Consejo de Seguridad se abstiene de calificar el acto de que se trata y se limita a imponer ciertas sanciones o a formular ciertas recomendaciones? En suma, el Consejo no es más que un órgano político, cuyos miembros permanentes poseen el derecho de veto. No está entre sus funciones la de calificar jurídicamente tal o cual comportamiento de agresión o de amenaza de agresión, sino la de restablecer la paz si ha sido quebrantada, prevenir las amenazas a la paz y oponerse a los actos de agresión.

26. Por su parte el Sr. Barboza no puede aceptar que la decisión de un órgano judicial esté sujeta a un pronunciamiento previo del Consejo de Seguridad. En cambio, si el Consejo de Seguridad no se ha pronunciado sobre el comportamiento de un Estado, el tribunal penal internacional tendrá plena libertad para calificar ese comportamiento de agresión o de amenaza de agresión, si es necesario. Por último, si, por alguna razón u otra, el Consejo de Seguridad debiera pronunciarse sobre ese comportamiento una vez que haya sido calificado por el tribunal penal internacional —caso muy improbable, pues para ello sería necesario que la intervención del Consejo de Seguridad haya perdido su carácter de urgencia—, el Consejo no se consideraría obligado por la decisión del tribunal. Lo esencial es, en cualquier caso, que la acción del tribunal penal internacional y la acción del Consejo de Seguridad se sitúan en dos niveles diferentes: en el primer caso se trata de reprimir un acto criminal, y en el segundo caso de tomar medidas destinadas a resolver ciertos problemas y alejar las amenazas contra la paz y la seguridad internacionales.

27. El Sr. MAHIOU, tras felicitar al Relator Especial por la claridad y la concisión de sus informes, observa que el noveno informe se articula en torno a cuatro cues-

28. En primer lugar, ¿se han de prever o no penas en el proyecto de código? La respuesta a esta primera pregunta es ciertamente afirmativa y se deriva esencialmente del principio *nulla poena sine lege*, cuyo fundamento y alcance han sido demostrados por el Relator Especial y por otros miembros de la Comisión. Es cierto que, anteriormente, han sido examinadas otras soluciones, en particular la adoptada por la Comisión en 1951⁷, que consistía en dejar que el tribunal se encargase de determinar la pena aplicable, y en la cual cabría inspirarse, a condición de que el tribunal adopte una determinada escala de penas antes de ejercer su jurisdicción. No obstante, esta solución no parece aconsejable, por dos razones al menos: conviene evitar que la fórmula que la Comisión adopte suscite dudas o debates que debiliten al código, y sobre todo, el código estaría incompleto si se limitase a tipificar cierto número de actos sin precisar las consecuencias que ellos acarrearían para los culpables.

29. La segunda cuestión consiste en saber de qué tipo de penas se trataría: ¿hay que prever una pena para cada crimen, o una sola pena aplicable en todos los casos? En teoría, lo ideal sería prever una pena para cada crimen, pues, incluso si todos los crímenes previstos en el código se caracterizan por su extrema gravedad, el grado de ésta puede variar. La justicia y la equidad exigirían, pues, que el crimen sea castigado según su mayor o menor grado de gravedad y según el grado de responsabilidad de su autor. En el caso de que se trata, no obstante, esta solución ideal es sin duda imposible de aplicar, pues supondría debates interminables para tipificar cada uno de los crímenes, determinar su gravedad y la pena correspondiente que fuera aplicable. Así pues, en la práctica y para ser realista, la Comisión no tiene, al parecer, más opción que establecer el principio de una pena común para todos los crímenes. En este sentido, se podría seguir el camino trazado por el Relator Especial en el proyecto de artículo Z, pero sólo en parte. En efecto, no establecer más que la pena de prisión perpetua aun cuando fuese matizada por la intervención de circunstancias atenuantes, sería vincular al juez de una manera demasiado rigurosa. Hay que dejar a éste un margen de apreciación superior al margen de que gozaría por la intervención de las circunstancias atenuantes. Para ello se podría prever una pena de prisión mínima —10 años— y una pena de prisión máxima, que sería la pena de reclusión perpetua y que sustituiría a la pena de muerte, pena que la Comisión difícilmente podría adoptar habida cuenta de su abolición en ciertos países y del creciente movimiento abolicionista, y teniendo en cuenta igualmente la autoridad moral de que goza la Comisión y la influencia que puede y debe ejercer en la humanización de las normas de derecho, incluso cuando se trata de sanciones. Es de señalar, por otra parte, que la mayoría de los países que renuncian a la pena de muerte admiten en su lugar la pena de reclusión perpetua. Señalar una pena semejante evitaría provocar vivas objeciones por parte de los Estados que son todavía partidarios de la pena de muerte, y podría incluso inducirles a renunciar progresivamente a esta pena en su derecho interno. Conviene señalar también que la aplicación de la pena se dejará a la apreciación del tribunal y que en la ejecución de la pena, por severa que sea, con- vendrá tener en cuenta el comportamiento del acusado,

⁷ Véase 2207.ª sesión, nota 4.

que podría gozar de una reducción de la pena si enmendara su conducta.

30. En cuanto a la medida de incautación propuesta, el Sr. Mahiou advierte que el Relator Especial procede con prudencia: no sólo ha colocado la disposición de que se trata entre corchetes, sino que deja al juez la facultad de pronunciarla, previendo que se aplicará «llegado el caso», de modo que se la considera como una pena complementaria, y no accesoria. Hay, en efecto, en ciertos países, tales como Argelia, el país del orador, una distinción entre pena complementaria y pena accesoria que se funda en la idea de que la pena complementaria está prevista en la ley y que el juez puede o no pronunciarla, mientras que la pena accesoria acompaña automáticamente a la pena principal, sin que el juez tenga que pronunciarla e incluso sin que pueda descartarla. El Sr. Mahiou considera que en este caso la pena de incautación podría tener esos dos aspectos. Se puede considerar que hay casos en que esta pena se dictaría automáticamente, por ejemplo cuando se trate de incautar objetos que han servido para la perpetración del crimen perseguido, medios de producción y transporte de drogas, productos de la actividad criminal, y bienes y beneficios adquiridos ilegítimamente con ocasión de esa actividad criminal; y otros casos en que la confiscación sería facultativa y consistiría en una sanción pecuniaria, destinada principalmente a indemnizar a las víctimas. El destino de los bienes incautados dependería también de su naturaleza: los bienes sustraídos deberían restituirse a sus legítimos propietarios o a los herederos de ellos o, en su defecto, a instituciones de carácter humanitario. De todos modos, ya sea accesoria o complementaria, la pena de incautación debería preverse en el código, pues, de no ser así, el juez no podría imponerla sin contravenir el principio *nulla poena sine lege*.

31. En lo que se refiere a la competencia penal internacional, la Comisión tiene que perfilar el trabajo iniciado en su anterior período de sesiones y establecer las normas y los principios que deben regir la intervención del tribunal penal internacional y sus relaciones con los tribunales nacionales: en otras palabras, apreciar *in concreto* el alcance del principio de la jurisdicción universal.

32. La solución más sencilla sería evidentemente la competencia exclusiva del tribunal penal internacional, lo que permitiría eliminar, o por lo menos resolver, los numerosos y complejos problemas que suscitarían los conflictos de competencia entre el tribunal por una parte y los tribunales nacionales por la otra, o incluso entre los tribunales nacionales. Falta saber si en la fase actual esta solución sería aceptable por los Estados. La Asamblea General no ha querido pronunciarse sobre este punto, y los Estados parecen bastante divididos. Ello no quiere decir que haya que excluir esta solución, e incluso sería acertado señalar las ventajas de ella para incitar a la Asamblea General a adoptar una posición.

33. Una segunda solución, aludida por el Sr. Graefrath (2208.^a sesión), consistiría en sustancia en hacer coexistir la competencia de los tribunales nacionales y la competencia del tribunal internacional, atribuyendo a éste competencia de juez de apelación respecto de los tribunales nacionales. Pero el Sr. Mahiou duda de que los Estados acepten esta solución, sobre todo si ella permitiese

recurrir contra decisiones dictadas por altas jurisdicciones, tales como un tribunal supremo. Además, hay países cuya legislación prevé en materia criminal no un recurso de apelación, sino un recurso de casación. Es importante, pues, determinar si podrá acudir al tribunal penal internacional por vía de apelación, es decir para reexaminar los hechos y juzgar nuevamente en cuanto al fondo, o por vía de recurso de casación, es decir, para pronunciarse no sobre los hechos, sino sobre la observancia de las normas de derecho y de procedimiento. Esta cuestión exige un examen más detenido.

34. La tercera solución sería la de la concurrencia de jurisdicciones de los tribunales nacionales y del tribunal penal internacional. Se trata de una solución de transacción, sin duda más aceptable a los ojos de los Estados, puesto que les permitiría ejercer su soberanía en materia de justicia, pero más compleja y más delicada. Exige, en efecto, un examen minucioso de los medios de combinar la competencia de los tribunales nacionales y la del tribunal internacional, evitando en particular los conflictos de competencia que podrían dar lugar, según el curso de los acontecimientos, a parálisis y a injusticia.

35. El Relator Especial, por su parte, propone una solución que gira en torno al principio de la territorialidad de la ley penal, acompañada de otras normas, como la de la nacionalidad del autor o de la víctima, que completarían o suplirían la competencia territorial. Pero el párrafo 2 de la disposición propuesta es, o bien demasiado audaz, o bien insuficiente, y los comentarios que le acompañan adolecen de cierta falta de claridad. En efecto, el argumento que el Relator Especial aduce para demostrar la existencia de una tendencia a hacer juzgar los crímenes en el lugar donde han sido cometidos, sobre la base de los precedentes del Tribunal de Nuremberg y del Tribunal de Tokio, es ambiguo: ¿es la sede del tribunal o su nacionalidad lo que determina la territorialidad? Sin ánimo de abrir nuevamente el debate sobre la naturaleza jurídica y el carácter del Tribunal de Nuremberg y del Tribunal de Tokio, el Sr. Mahiou considera que el principio de la territorialidad, aplicado rigurosamente, habría exigido que fuesen tribunales alemanes o japoneses los que enjuiciasen a los criminales de guerra. Ahora bien, éstos fueron efectivamente juzgados en Alemania y en el Japón, pero por tribunales de otra nacionalidad. Cabría ciertamente sostener, como lo han hecho algunos autores, que se trataba de tribunales establecidos por los países vencedores para ejercer la jurisdicción de los tribunales de los países vencidos. Pero el precedente invocado por el Relator Especial no es, en este sentido, ni satisfactorio ni convincente, máxime cuando no es seguro que la competencia de los Tribunales de Nuremberg y de Tokio se limitara a crímenes cometidos en Alemania y el Japón: puede ser que tuvieran que juzgar crímenes cometidos fuera de las fronteras de esos países. En efecto, el Relator Especial ha mostrado muy claramente el inconveniente de la solución que propone y que se basa en la conciliación difícil, si no imposible, del principio de la territorialidad, del sistema de la personalidad activa y pasiva y del sistema de la protección real, hasta el punto de que cabría preguntar si él cree realmente en ello. En todo caso, su análisis autoriza a concluir que esta solución es irrealizable y que, aun cuando fuese adoptada, se plantearían otros problemas que habría que resolver a su vez. El párrafo 2 del proyecto de disposición sometido a la

Comisión es un punto de partida, un esbozo. Ello quiere decir que el Relator Especial y la Comisión todavía tienen mucho trabajo por hacer, a menos que lleguen a obtener el apoyo de los Estados al principio de la jurisdicción exclusiva del tribunal penal internacional.

36. Por último, en cuarto lugar, tratándose de la acción penal, y más particularmente de las funciones respectivas del Consejo de Seguridad y del tribunal penal internacional en caso de un crimen de agresión, el Sr. Mahiou recuerda que este problema se ha planteado ya en relación con el proyecto de artículo 12 y que todavía no ha sido resuelto. La cláusula de ese artículo que concierne a las relaciones entre el Consejo de Seguridad y los tribunales nacionales, o dicho de otro modo, la cuestión de si la determinación del crimen de agresión por el Consejo de Seguridad es o no vinculante para los tribunales nacionales, ha seguido hasta ahora entre corchetes. En lo que concierne al tribunal penal internacional y al Consejo de Seguridad, el Sr. Mahiou considera que se trata de dos órganos que actúan en dos planos diferentes. El Consejo de Seguridad es un órgano al cual la Carta de las Naciones Unidas confiere atribuciones y competencias políticas que le son propias, y en las que no puede injerirse ningún otro órgano. El tribunal, por su parte, será un órgano judicial al que el código confiere atribuciones judiciales. La acción del tribunal internacional no deberá en ningún caso depender de otros órganos, sobre todo cuando algunos de los miembros de ellos tienen un derecho de veto en virtud de su estatuto. El Sr. Mahiou suscribe a este propósito lo que ha dicho el Sr. Pellet cuando recordaba que el problema se planteó en la CIJ en el asunto entre Nicaragua y los Estados Unidos de América⁸. Es esa independencia de la justicia la que permitirá castigar como es debido a los criminales.

Se levanta la sesión a las 11.10 horas.

⁸ Véase nota 6 *supra*.

2210.ª SESIÓN

Viernes 17 de mayo de 1991, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Abdul G. KOROMA

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

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad¹ (*continuación*) [A/CN.4/435 y Add.1², A/CN.4/L.456, secc. B, A/CN.4/L.459 y Corr.1 y Add.1, ILC(XLIII)/Conf.Room Doc.3]

[Tema 4 del programa]

NOVENO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

ARTÍCULO Z y

COMPETENCIA DE UN TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL³ (*continuación*)

1. El Sr. JACOVIDES dice que el tema que se examina reviste todavía más importancia a la luz de los últimos acontecimientos registrados en la escena mundial. Está firmemente convencido de que un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad tiene legítimamente cabida en el cuerpo de las normas de derecho internacional. En cuanto instrumento jurídico pleno que abarca los tres elementos fundamentales, a saber, el crimen, la pena y la jurisdicción, el código puede y debe cumplir una importante finalidad en las esferas de la disuasión y el castigo. Es un hecho satisfactorio que acontecimientos recientes hayan movido a quienes consideraban con escepticismo el proyecto de código a sumarse a los partidarios de la propuesta sobre establecimiento de una jurisdicción penal internacional. En cuanto subraya la necesidad de la observancia de las normas pertinentes del derecho internacional y de la aplicación de las resoluciones de las Naciones Unidas, el impacto mundial de la crisis del Golfo y sus consecuencias contribuyen a promover el orden jurídico internacional que su país ha propiciado desde mucho antes de que comenzara la crisis.

2. En lo que respecta a la primera parte del informe del Relator Especial, y concretamente la cuestión de las penas, es claro que el principio *nulla poena sine lege* exige una disposición pertinente en el código. Como en éste sólo han de incluirse los crímenes más graves, las penas deberán ser necesariamente de gravedad equivalente. También en este caso existe una diversidad de conceptos y filosofías en el derecho internacional y por ello un sistema punitivo uniforme reviste dificultades, especialmente en lo que respecta a la pena de muerte, pues no hay ninguna norma generalmente aceptable al respecto; aun en los casos en que existe, es muy corriente que no se ejecute en la práctica. Las penas deberían incluirse en el propio código a fin de asegurar la uniformidad de las condenas, solución que es preferible a la de incorporar directamente en el derecho interno las disposiciones del código. Por otra parte, el texto propuesto por el Relator Especial en el proyecto de artículo Z, que prevé la pena

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

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