

en cuanto permite a muchos Estados la posibilidad de negarse a atribuir competencia, estaría abriendo la caja de Pandora. El párrafo sería aceptable si se redactara de manera que constituya una cláusula facultativa para la atribución de competencia, pero en su forma actual no se podría incluir en el código. Los párrafos 3 y 4 son la consecuencia del párrafo 2 y no requieren comentario. El párrafo 5 es encomiable en la medida en que favorecería la armonización del derecho penal internacional.

50. El proyecto de posible disposición sobre la acción penal tampoco es aceptable en su forma actual. Existe acuerdo general en cuanto a que la facultad de ejercer la acción penal ante un tribunal internacional es una atribución exclusiva de los Estados, pero el párrafo 2 exigiría que el Consejo de Seguridad determinara previamente la existencia de agresión o amenaza de agresión. Esta disposición no tiene ninguna cabida en el código. Las funciones del Consejo de Seguridad son políticas y las de un tribunal internacional son jurídicas, y ambas deben mantenerse separadas. Desde luego, el tribunal podría estar obligado a tomar conocimiento de la determinación hecha por el Consejo de Seguridad, pero se debe recordar que el ámbito del proyecto de código es el de los individuos mientras que el del Consejo de Seguridad es el de los Estados.

*Se levanta la sesión a las 12.55 horas.*

## 2211.ª SESIÓN

*Martes 21 de mayo de 1991, a las 10.00 horas*

*Presidente:* Sr. Abdul G. KOROMA

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

### Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad<sup>1</sup> (continuación) [A/CN.4/

<sup>1</sup> 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.

### 435 y Add.1<sup>2</sup>, A/CN.4/L.456, secc. B, A/CN.4/L.459 y Corr.1 y Add.1, ILC(XLIII)/Conf.Room Doc.3]

[Tema 4 del programa]

#### NOVENO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

#### ARTÍCULO Z y

#### COMPETENCIA DE UN TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL<sup>3</sup> (continuación)

1. El Sr. JACOVIDES declara que muchos miembros de la Comisión, así como otros expertos, pasaron una parte del fin de semana precedente en Talloires, Francia, donde habían sido invitados por la Fundación para el Establecimiento de una Corte Criminal Internacional — Comisión para el Derecho Penal Internacional, organización no gubernamental inscrita en la Lista, a fin de reflexionar sobre los objetivos de la Comisión con respecto al presente tema del programa.

2. Tras su fallecimiento, Zenon Rossides, antiguo Representante Permanente de Chipre ante las Naciones Unidas y ex miembro de la Comisión, ha conservado el título de presidente honorario de la Fundación. Apasionadamente dedicado a la causa de un orden jurídico internacional, y más en particular al código y a la creación de una jurisdicción penal internacional, Rossides había contribuido mucho a que estas cuestiones fueran sometidas de nuevo a la Asamblea General tras la aprobación de la Definición de la agresión<sup>4</sup>.

3. Plenamente convencido, como lo estuvo Rossides, del interés que ofrecen estas cuestiones, el Sr. Jacovides expresa la esperanza de que, en el marco del Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional, proclamado por la Asamblea General en su resolución 44/23 de 17 de noviembre de 1989, y en vista del clima internacional actual, sea posible hacer verdaderos progresos hacia el establecimiento de un orden jurídico internacional. El éxito de esta empresa sería un homenaje a la memoria de Zenon Rossides.

4. El Sr. TOMUSCHAT, refiriéndose a la segunda parte del noveno informe, relativa al establecimiento de una jurisdicción penal internacional, dice que, pese a la prudencia, difícilmente explicable, de la Asamblea General sobre este punto, la coyuntura internacional es favorable a la creación de un tribunal internacional, y que, si la Comisión no aprovecha esas circunstancias para progresar, es de temer que se confíe esta tarea a un comité *ad hoc*. Existen muchos modelos que pueden inspirar estos trabajos. El seminario que acaba de celebrarse en Talloires parece haber sido sumamente provechoso y los trabajos eruditos llevados a cabo por el autor americano Cherif Bassiouni también permiten acceder fácilmente al pensamiento jurídico en esa esfera.

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte).

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de 14 de diciembre de 1974, anexo.

5. El problema de saber quién podrá válidamente atribuir competencia al tribunal penal internacional es sumamente complejo. El derecho interno de los Estados no cuenta al respecto; el problema debe resolverse según los principios generales del derecho internacional. Sería preciso que los Estados que se adhieran al estatuto del tribunal acepten, *ipso facto*, la competencia de éste para juzgar a sus nacionales. Sería un error imitar la disociación entre, por una parte, ser parte en el estatuto y, por otra, aceptar la competencia, que caracteriza al régimen de la CIJ.

6. Por lamentable que sea, parece imposible prever las mismas reglas para todos los crímenes que caerían dentro del ámbito del código. La posición jurídica es relativamente simple cuando la Comisión se limita a codificar las normas de derecho ya vigentes de forma consuetudinaria o convencional. En el caso de los crímenes de guerra, por ejemplo, sobre los que se establece en el derecho humanitario que el Estado víctima tiene derecho de ejercer una acción penal ante sus propios tribunales, bastará con que este Estado dé su consentimiento para que pueda incoarse un procedimiento ante el futuro tribunal internacional. Lo mismo sucede con los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Si un acto pertenece ya a esta categoría según el derecho vigente, nada podría impedir que la comunidad internacional, actuando por medio del tribunal, juzgara al autor del acto. Para ello no será necesario el consentimiento ni del Estado de que sea nacional el acusado ni el del Estado en el que se hayan cometido los hechos.

7. No obstante, no es fácil prever exactamente todos los casos posibles. Según el Sr. Tomuschat, no hay más que un sólo crimen que no deja lugar a dudas: el genocidio. La Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, de 1948, lo dice claramente: las personas acusadas de genocidio serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido o ante una corte penal internacional. Por tanto, el sometimiento del asunto al tribunal internacional no estaría sujeto a ninguna condición previa.

8. Si la Comisión quiere innovar, debe remitirse a las normas de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados que conciernen al efecto relativo de los tratados internacionales. El caso del *apartheid* sirve de ejemplo a este respecto. No cabe duda de que, como lo afirmó la CIJ en su opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia<sup>5</sup>, el *apartheid* constituye una violación de los derechos elementales de la persona humana y es pues contrario a las normas de derecho internacional generalmente aceptadas. Pero la Comisión se ocupa de la responsabilidad individual, y a este respecto la cuestión consiste en saber si el *apartheid* es un delito que expone a sus autores a una sanción penal internacional. Se impone señalar que la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid* hasta ahora sólo ha tenido un éxito muy limi-

tado, y que todo un grupo de Estados se ha negado a adherirse a ella. Por tanto, no puede hablarse de derecho consuetudinario universalmente reconocido, y en esas condiciones, la regla *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* se aplica plenamente.

9. ¿Qué decir de la agresión y de la intervención? Según el Sr. Graefrath (2208.ª sesión), el Estado víctima sería en cualquier caso competente para incoar el procedimiento correspondiente. El Sr. Tomuschat no piensa que las cosas sean tan sencillas. En la medida en que no todos los Estados reconocen que se trata ciertamente de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, la regla tradicional de la inmunidad de las personas que actúan por cuenta del Estado es aplicable, y sólo el consenso internacional podría eliminar esa inmunidad en interés de la justicia. A este respecto también se tropieza con la regla de la relatividad de las convenciones internacionales, y parece ciertamente que el consentimiento del Estado de que sea nacional el sospechoso es indispensable, lo que conduce a una situación sin salida.

10. La hipótesis de que el tribunal internacional resuelva en apelación o en casación no es de descartar *a priori*, sobre todo cuando el derecho vigente confiere a los tribunales nacionales competencia para juzgar de los crímenes de guerra, por ejemplo. En caso de agresión, intervención o colonialismo, sería casi sorprendente dejar al juez nacional la misión de juzgar. Si se trata de crímenes contra la paz internacional, el Sr. Tomuschat piensa, como el Sr. Ogiso (2210.ª sesión), que sólo una jurisdicción internacional puede ser competente para juzgar. Pero también a este respecto se impone hacer ciertas diferenciaciones y habrá que movilizar todos los recursos intelectuales de la Comisión para encontrar soluciones satisfactorias.

11. En cuanto al proyecto de posible disposición sobre la acción penal, el Sr. Tomuschat suscribe las opiniones expresadas por los oradores que le han precedido. La acusación debería confiarse a un ministerio público adjunto al tribunal, y la función de los Estados se limitaría a señalar a la atención de ese ministerio público los hechos que justifiquen que se abra una investigación. La elaboración del auto de acusación debe estar rodeada de garantías de imparcialidad y objetividad, y sería arriesgado confiar esta tarea a los Estados, que podrían caer en la tentación de abusar de su poder con fines políticos.

12. El Sr. Tomuschat se alza contra la idea de dar al Consejo de Seguridad el derecho de veto para los casos de agresión. La Comisión ya previó cierta vinculación con el Consejo de Seguridad en lo que concierne al derecho material en el texto que aprobó provisionalmente en su 40.º período de sesiones para el párrafo 5 del artículo 12:

[5. Cualquier decisión del Consejo de Seguridad sobre la existencia de un acto de agresión vinculará a los tribunales nacionales.]<sup>6</sup>

Pero conceder al Consejo de Seguridad la facultad de frenar una acción penal crearía en los acusados del crimen de agresión una desigualdad fundamental, contraria al principio de igualdad de todos ante la ley penal. Por otra parte, el Sr. Tomuschat observa cierta incoherencia

<sup>5</sup> *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, pág. 16.*

<sup>6</sup> Véase 2208.ª sesión, nota 5.

en los textos ya aprobados por la Comisión. En tanto que según lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 12 las decisiones del Consejo de Seguridad se aplican también en materia penal, no se encuentra nada parecido en el artículo 14 (Intervención)<sup>7</sup>, pese a la semejanza de las situaciones de hecho. Por tanto, el Consejo de Seguridad podría frenar el procedimiento penal en un caso, pero no en el otro.

13. Por último, como el Sr. Graefrath (2208.<sup>a</sup> sesión), el Sr. Tomuschat estima que habría que completar el estatuto del tribunal con un sistema de cooperación y de ayuda mutua judicial, como el previsto en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 1984.

14. El Sr. AL-KHASAWNEH dice que el principio *nulla poena sine lege* y la uniformidad del derecho aplicable exigen que se dedique una disposición a las penas. Ahora bien, la Comisión debe abordar la tarea con un espíritu más pragmático que dogmático. Sin duda, como ya se ha hecho, puede interpretar el término *lex* en el sentido de que designa otra cosa que el derecho escrito; pero, en una esfera en la que faltan precedentes, se deja sentir más la necesidad de disposiciones expresas. Lo mismo sucede con la uniformidad. El propio Relator Especial decía en uno de sus anteriores informes que el derecho penal está sumido en un ambiente de subjetividad<sup>8</sup> y que la desaprobación que provoca en la opinión pública un acto determinado no es igual en todas partes. El derecho penal es aún más subjetivo en un contexto internacional, y esto hace interrogarse sobre la prudencia de querer que haya un régimen de penas homogéneo en un mundo que no lo es. La Comisión debe tener una idea muy clara de su objetivo y perseguirlo con pragmatismo. Este objetivo debe ser ante todo impedir los abusos resultantes de la aplicación de penas simbólicas o, por el contrario, excesivas.

15. El Relator Especial aboga por una disposición que prevea penas mínimas y máximas. Sin embargo, la exclusión de la pena de muerte no dejará de suscitar debates, y puede perjudicar a la aceptabilidad del código a los ojos de los Estados cuya ley prescribe la pena capital para ciertos delitos particularmente odiosos. Hablar de una tendencia general a la abolición de la pena capital es un argumento falaz. El Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte, aprobado por la Asamblea General en su resolución 44/128 de 15 de diciembre de 1989, se presta a controversias y no es, como su título indica, obligatorio en absoluto. No hay que hacer de un código, que no se refiere más que a los crímenes particularmente graves, un instrumento para resolver el problema de la pena capital.

16. Lo mejor sería dejar a los Estados interesados resolver la cuestión de las penas con arreglo a su derecho interno. Para prevenir posibles abusos, la Comisión podría redactar una disposición que exija en términos generales que los crímenes sean castigados con penas que

tengan en cuenta su extrema gravedad. Todas las convenciones contra el terrorismo contienen una disposición de este tipo, cuya aplicación ha dado bastantes buenos resultados.

17. La Comisión no puede encontrar ni en la resolución 45/41 de la Asamblea General ni en los debates de la Sexta Comisión las directrices que necesitaría. De ahí la necesidad de proceder con audacia. Así, es sorprendente leer en el noveno informe que el Relator Especial ha optado por «un mal menor, una concesión necesaria a la soberanía de los Estados». Sin embargo, una solución definitiva que libere la competencia del tribunal de las limitaciones del derecho interno es posible, o también una solución como la propuesta por el Sr. Graefrath, que otorgaría al tribunal la función de una jurisdicción de apelación, pero reconociéndole una competencia de primera instancia en algunos casos.

18. El Relator Especial tiene razón, en su proyecto de posible disposición sobre la competencia del tribunal, en dar prioridad al principio de la territorialidad, agrupando en el párrafo 2 todos los demás criterios de atribución de la competencia. Pero estos criterios probablemente no tienen todos la misma fuerza. Así, el principio de legitimación pasiva es particularmente discutido, no sólo porque algunos Estados no lo reivindican para sí, sino también porque se basa en la hipótesis de la mala fe, a saber, que los Estados competentes, en virtud del principio de la territorialidad o de la legitimación activa, no ejerzan sus atribuciones. Tal vez el Relator Especial desee examinar la posibilidad de establecer cierta jerarquía entre estos principios.

19. En cuanto al párrafo 5 del posible proyecto de disposición, el Sr. Al-Khasawneh piensa, como ya se ha dicho, que la facultad de solicitar la interpretación de una disposición de derecho internacional penal debería extenderse a las organizaciones internacionales.

20. El Sr. Al-Khasawneh recuerda que, durante el examen del párrafo 5 del artículo 12 en el 40.º período de sesiones de la Comisión, abogó por que se hiciera una distinción entre la función judicial del tribunal y la función política del Consejo de Seguridad. El Consejo, garante de la paz y de la seguridad internacionales, debe participar directamente en la resolución de los actos de agresión, por encima de las divisiones entre asuntos políticos y problemas jurídicos, y el Sr. Beesley (2210.<sup>a</sup> sesión) ha tenido razón al decir que la determinación de un acto de agresión por el Consejo de Seguridad tendrá gran importancia. Pero no sería congruente que una determinación de agresión llevara aparejada una responsabilidad penal, porque son criterios políticos más que jurídicos los que en ese caso son factores determinantes.

21. El problema es tanto más acuciante cuanto que el sistema internacional carece de todo mecanismo de contraposición y de todo medio que permita determinar si la acción de un órgano político se ejerce *ultra vires*. Ahora bien, el derecho internacional, si se considera aislado de la justicia internacional, no puede ser la expresión de un ideal. Al contrario, una función judicial independiente mejoraría la eficacia del sistema creado por la Carta de las Naciones Unidas y lo completaría de forma que no pueda considerarse que consagra una dicotomía entre el derecho y la justicia.

<sup>7</sup> Para el texto y el comentario correspondiente, véase *Anuario... 1989*, vol. II (segunda parte), págs. 74 y 75.

<sup>8</sup> *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), pág. 71, documento A/CN.4/387, párr. 47.

22. El Sr. ROUCOUNAS dice que el hecho mismo de mencionar, como lo hace el Relator Especial en la primera parte de su informe, dedicada a la difícil cuestión de las penas aplicables, los caracteres distintivos de ciertas legislaciones internas, puede hacer pensar que se contempla el establecimiento de algún mecanismo encaminado a garantizar la aplicación homogénea del código, o incluso de un verdadero régimen autónomo de las penas en el marco del código. Ahora bien, no se llegará a ese resultado fijando en abstracto una pena mínima y una pena máxima o reanudando el debate en el punto en que se detuvo en 1954.

23. La criminología ha hecho progresos considerables desde la segunda guerra mundial, y las investigaciones hechas en esa esfera pueden ser de gran utilidad para la Comisión.

24. Es indispensable incluir en el propio código disposiciones relativas a las penas, pero estas disposiciones no deben limitarse a enunciar algunas ideas sencillas. Indicar, por ejemplo, que tal escala de penas conviene al conjunto de los crímenes previstos supondría haberse puesto plenamente de acuerdo en reconocer que todos los crímenes enumerados en el código son de la misma naturaleza, que las penas previstas son las que la ciencia criminológica considera más adecuadas en el caso, y, por último, que la escala de penas adoptada garantizará la aplicación homogénea del código.

25. El Relator Especial no ha intentado resolver todos los problemas que se plantean en materia de penas, prefiriendo con razón proceder con prudencia. En efecto, no basta con elaborar una disposición de fondo; es preciso además que ésta sea completa, si no se quiere tener que remitirse a las legislaciones internas con todas sus distinciones entre las distintas categorías de homicidios intencionales, los diferentes tipos de penas complementarias y accesorias, las circunstancias atenuantes y las circunstancias agravantes, etc.

26. La cuestión esencial que se plantea es la de cuál será la jurisdicción encargada de aplicar el código. Por ejemplo, en el caso del crimen de genocidio, ¿cuál es en el momento actual la escala de penas en cada uno de los 100 Estados aproximadamente que se han adherido a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, de 1948? Y si un mismo tribunal debe aplicar los dos instrumentos, la Convención y el código, ¿a cuál de los dos dará prioridad?

27. A las cuestiones relativas a las penas se añaden cierto número de otras cuestiones previas, que tampoco están resueltas. Así sucede en particular con la cuestión de la orden dada por un superior jerárquico, cuyos efectos sobre la responsabilidad individual son objeto de una amplia jurisprudencia y de una abundante bibliografía. Ahora bien, el juez, ya sea en el plano nacional o internacional, tendrá que encontrar en el código disposiciones sobre esta cuestión.

28. Con referencia a la pena de muerte y a los progresos innegables realizados por su abolición en todo el mundo, el Sr. Roucounas considera conveniente recordar que, si bien el Protocolo N.º 6 al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fun-

damentales relativo a la abolición de la pena de muerte<sup>9</sup> prevé la abolición de la pena de muerte en tiempo de paz (artículo 1), también enuncia una reserva en caso de guerra e incluso en caso de «peligro inminente de guerra» (artículo 2), peligro que, según la interpretación que algunos dan a esta disposición, las autoridades del Estado interesado tendrían libertad para apreciar.

29. En otras palabras, tarde o temprano la Comisión se encontrará ante el siguiente dilema: sea establecer una escala única de penas (excluida la pena de muerte), sea prever una escala especial de penas para ciertas categorías de crímenes, incluidos los crímenes de guerra.

30. Sería preferible definir en el código un verdadero régimen autónomo de las penas, más que enunciar algunas disposiciones de carácter general que serían simples directrices. Además, el método que consiste en prever una sola y única escala de penas para todos los crímenes del código parece de eficacia dudosa. Mejor sería inspirarse en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y prever, como en ese instrumento, que los Estados partes deben comprometerse a imponer a los autores de los crímenes previstos en el código penas proporcionales a la gravedad de los actos.

31. En su último informe a la Asamblea General (A/45/10)<sup>10</sup>, la Comisión no abordaba la cuestión de la competencia de la eventual jurisdicción penal internacional más que de una forma muy superficial, limitándose a repetir las breves observaciones formuladas al respecto por el Grupo de Trabajo. Por tanto, no es nada sorprendente que la Asamblea no le haya dado orientaciones precisas sobre la continuación de los trabajos sobre este aspecto del tema. Incumbe a los miembros de la Comisión ahondar el conjunto de las cuestiones que se plantean en la materia, algunas de las cuales, como la de la autonomía eventual de esa jurisdicción y la de sus relaciones con las jurisdicciones internas, son al mismo tiempo delicadas y cruciales, y someter el fruto de sus reflexiones a la Asamblea General.

32. Más concretamente, convendría estudiar la posibilidad de atribuir al tribunal penal internacional a la vez una competencia exclusiva y una competencia concurrente con los tribunales nacionales. En un sistema de este tipo, el tribunal tendría competencia exclusiva sobre todos los crímenes de extrema gravedad, tales como los crímenes de agresión o de amenaza de agresión, y para los otros crímenes previstos en el código sería competente en concurrencia con los tribunales nacionales.

33. En cuanto a los casos de agresión o de amenaza de agresión, el Sr. Roucounas, como otros miembros de la Comisión, considera criticable la idea del Relator Especial de subordinar la acción penal a la determinación previa del acto por el Consejo de Seguridad. Sin duda pudiera suceder que el Consejo de Seguridad y la jurisdicción penal internacional actuaran de manera complementaria; pero también las cosas podrían ir de una manera completamente diferente, por ejemplo en caso de inmovilización en el seno del Consejo de Seguri-

<sup>9</sup> Consejo de Europa, Serie de tratados europeos, N.º 114.

<sup>10</sup> *Anuario... 1990*, vol. II (segunda parte).

dad. En el asunto entre Nicaragua y los Estados Unidos de América<sup>11</sup>, la CIJ demostró el carácter autónomo de ciertas normas fundamentales de derecho internacional general con relación a la Carta de las Naciones Unidas. Ahora bien, subordinar la intervención del juez internacional a la determinación de un acto por el Consejo de Seguridad conduciría a poner en duda el principio de la universalidad de los crímenes internacionales.

34. El Sr. RAZAFINDRALAMBO dice que, para empezar, hará algunas observaciones generales sobre la competencia de la jurisdicción penal internacional, y más concretamente sobre el planteamiento adoptado a este respecto por el Relator Especial, quien, en la segunda parte de su informe, se orienta hacia el sistema de la competencia paralela, en la que la jurisdicción penal internacional funcionaría de forma concurrente con los tribunales nacionales.

35. En efecto, nada de lo enunciado en la resolución 45/41 de la Asamblea General parece permitir adoptar una opción tan tajante. Como dice el propio Relator Especial, la Asamblea se ha abstenido, por lo menos en esta fase, de elegir entre las diferentes opciones propuestas por la Comisión. Es cierto que la actitud adoptada por la Asamblea puede parecer criticable; y algunos desearían que se le pidiera que dé a la Comisión directrices más precisas. Pero si la Comisión desea conservar sus relaciones armoniosas con la Asamblea, importa que se atenga a su tarea de órgano técnico y estudie todas las formas jurisdiccionales posibles, incluida, eventualmente, la creación de una institución de carácter transitorio que colmaría el vacío actual y funcionaría hasta la creación de un tribunal penal internacional permanente, con todos los atributos, privilegios, garantías y características propias de éste.

36. Por tanto, hay que lamentar que la Comisión no esté ahora en condiciones de exponer las ventajas y los inconvenientes respectivos de una jurisdicción internacional de competencia exclusiva y de una jurisdicción internacional de competencia paralela.

37. No puede invocarse el principio de la soberanía de los Estados para descartar la competencia exclusiva. El argumento de que los se negarían a abandonar su soberanía judicial, prefiriendo reservarse el derecho de juzgar por sí mismos todos los crímenes, incluidos los más graves, y sobre todo éstos, pero quedando dispuestos a atribuir esta competencia a una jurisdicción penal caso por caso y según su leal saber y entender, no tiene sentido. En efecto, llevar este razonamiento hasta sus últimas consecuencias obligaría a llegar a la conclusión de que la creación de una jurisdicción internacional penal digna de ese nombre sería una utopía, ya que el sistema así establecido no dejaría de suscitar conflictos cuya solución quedaría hipotecada por el principio mismo de la soberanía de los Estados.

38. Además, el principio de la soberanía ha cambiado, como lo demuestra la construcción europea en curso o la idea de un nuevo orden mundial, renovada por la crisis del Golfo. Invocar la noción de soberanía para descartar

la competencia exclusiva no parece, pues, ir en el sentido de las tendencias actuales.

39. Dadas estas circunstancias, será preciso que tarde o temprano la Comisión examine seriamente las ventajas y los inconvenientes de la competencia exclusiva, y que el Relator Especial proponga una variante que permita a la Comisión, y sobre todo a la Asamblea General, pronunciarse con pleno conocimiento de causa sobre las opciones posibles en materia de competencia.

40. Pasando a la cuestión de las penas aplicables y al proyecto de artículo propuesto al respecto por el Relator Especial, el Sr. Razafindralambo dice que en virtud del principio *nulla poena sine lege* todo código de crímenes debe prever necesariamente sanciones penales. Como muchos otros miembros de la Comisión, rechaza la idea de dar al juez el poder de determinar por sí mismo las sanciones aplicables, tanto más cuanto que, en materia de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, la gravedad de la infracción exige una sanción grave. Aplicar penas demasiado leves expondría a la jurisdicción internacional penal al ridículo, o a la parálisis. Dado el carácter de los crímenes previstos, las sanciones penales deben ser a la vez aflictivas, es decir afectar a la vida misma del culpable, e infamantes, es decir alcanzar al culpable en su reputación moral, en su posición jurídica y política y en su situación familiar y social. *De lege ferenda*, sería difícil tratar al autor de tales crímenes de una manera más clemente que el autor de un crimen de derecho común o de un crimen político de tipo clásico. Por otra parte, como ya lo han dicho varios miembros de la Comisión, el trato reservado a este tipo de criminal ante la jurisdicción penal internacional no podría ser más favorable que el previsto para él en los códigos penales nacionales. Ello perjudicaría a la aceptabilidad misma de la jurisdicción internacional.

41. En cuanto a la pena de muerte, antes de poder eliminarla pura y simplemente del vocabulario penal, como algunos preconizan por razones humanitarias ciertamente muy laudables, habría que encontrar una pena de sustitución lo suficientemente ejemplar y disuasiva. Según el orador, la única pena sustitutiva previsible en el caso de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad es la que priva al culpable de la libertad, ya sea por tiempo determinado, ya sea a perpetuidad. Pero hay que proceder con prudencia al elegir el término que designe la privación de libertad. La palabra «prisión» es demasiado vaga. En derecho penal hay numerosas formas de prisión, tales como la reclusión, la detención, la deportación, incluso los trabajos forzados, aunque esta última pena parece excluida en este caso, ya que es contraria a los derechos humanos y en particular a las convenciones relativas a los trabajos forzosos. En espera de que la comunidad internacional pueda definir un régimen penitenciario adecuado, sería preferible atenerse a la expresión «privación de libertad».

42. En lo que concierne a la duración de la detención, si bien parece necesario fijar un mínimo, en función de las penas de prisión previstas en los códigos nacionales, parece difícil, en cambio, ponerse de acuerdo sobre una pena máxima. En todo caso, el Sr. Razafindralambo no comparte las reticencias de algunos con respecto a la detención a perpetuidad. Es bien sabido que, salvo disposi-

<sup>11</sup> Véase 2209.ª sesión, nota 6.

ción expresa, el condenado puede normalmente gozar de una remisión de la pena, de una liberación condicional por buena conducta o de una liberación anticipada por motivos de salud. Además, el juez podrá moderar la condena si considera que existen circunstancias atenuantes. El Sr. Razafindralambo señala a este respecto que, si se admiten las circunstancias atenuantes, deberían admitirse también las circunstancias agravantes.

43. En cuanto a la incautación de bienes, el Sr. Razafindralambo suscribe la idea de que sea una pena complementaria y de distinguir entre bienes robados y bienes propiedad del culpable. En el primer caso, se trata en realidad de una medida de recuperación, más que de una medida de incautación. Pero el hecho es que resulta difícil distinguir el dinero robado al pueblo del dinero perteneciente al culpable y que, por ejemplo, puede ser un bien de la comunidad conyugal. Por tanto, la incautación es una verdadera sanción penal patrimonial que desgraciadamente puede afectar a la familia del criminal. Por tanto, el Sr. Razafindralambo sugiere agregar a la lista de las penas una multa penal en beneficio del Estado víctima o, cuando corresponda, de las Naciones Unidas si la Asamblea General lo desea, multa que apuntaría a sancionar al culpable en el mismo sentido que las penas afflictivas.

44. Con respecto a la segunda parte del informe, el Sr. Razafindralambo subraya la importancia fundamental de las propuestas que el Relator Especial somete a la reflexión de la Comisión. El examen del principio de la competencia concurrente muestra cuán difícil es establecer una jurisdicción penal internacional que funcione paralelamente con las jurisdicciones nacionales. El sistema propuesto tiene el inconveniente de poner en juego simultáneamente a la competencia objetiva y la competencia respecto de las personas, en tanto que la claridad exigirá tratar separadamente ambas cuestiones. En cuanto a la competencia objetiva, el Relator Especial mantiene los crímenes previstos en el código, o subsidiariamente, los crímenes que se definirían en el anexo del estatuto de la corte. Ahora bien, dada la dificultad que plantea elaborar la lista de los crímenes que han de incluirse en el código, no parece prudente tratar de establecer una segunda lista distinta. Sería mejor adoptar una posición minimalista, es decir, prever que la jurisdicción penal internacional no conocerá más que de ciertos crímenes, entre ellos los que ya son objeto de las convenciones internacionales vigentes, como el de genocidio y el de *apartheid*.

45. A propósito de la puesta en práctica de la competencia *lato sensu*, el Relator Especial propone que la jurisdicción penal internacional prevista no pueda funcionar más que si la competencia le viene atribuida por uno de los cuatro Estados interesados, definidos según el principio de la territorialidad, el sistema de la legitimación activa y pasiva y el sistema de la protección real. Es de señalar que el proyecto de estatuto revisado presentado por la Comisión de Jurisdicción Penal Internacional (1953)<sup>12</sup> no mantenía más que los criterios de la territorialidad y de la nacionalidad. Pero, como esa Comisión había optado por la competencia objetiva referente al conjunto de los crímenes internacionales, algunos de los

cuales pertenecían ya a la competencia nacional, era comprensible que su proyecto se basara en la competencia concurrente, sin que fuera necesario prever un mecanismo especial de solución de los conflictos. Al agregar dos nuevos criterios, el Relator Especial parece complicar sumamente la situación, y cabe dudar de la utilidad práctica del procedimiento que él prevé para solucionar los conflictos de competencia positivos. Existen dos posibilidades: o bien los Estados habrán atribuido competencia *post factum* a la jurisdicción penal internacional, impidiendo así que el caso sea sometido a sus propios tribunales, o bien preferirán de entrada someter el caso a sus tribunales, y entonces no irán a someter los fallos que éstos dicten a la censura de la jurisdicción penal internacional. En otros términos, lo que los Estados se nieguen a hacer *post factum* aún menos lo harán tras la sentencia, ya que la censura que podría producirse sería un atentado aún más grave contra su soberanía judicial. Queda la hipótesis de los conflictos de competencia negativos, en los que no se producirá ninguna atribución de competencia y el caso no se someterá a ninguna jurisdicción, ni nacional ni internacional. Pero en este supuesto se trata más de un caso de denegación de justicia que de un caso de conflicto de competencias negativo, que resulta muy problemático.

46. Análogamente, es dudoso que el procedimiento de revisión propuesto por el Relator Especial pueda aplicarse. A este respecto, importa ante todo definir bien la noción de revisión. En su acepción clásica, ya sea en derecho francés o en derecho anglosajón, este procedimiento permite a un individuo condenado comparecer nuevamente ante la jurisdicción que lo condenó con fin de obtener la reapertura del proceso tras el descubrimiento de un nuevo hecho. Ahora bien, esto no parece ser el caso previsto en el párrafo 4 del proyecto de posible disposición propuesto por el Relator Especial. En ese párrafo se trata de la posibilidad de revisar las sentencias condenatorias pronunciadas sobre un crimen por jurisdicciones que correspondan a Estados diferentes. Se trataría pues más bien de un caso de contradicción de sentencias, lo que suscita las observaciones siguientes: en este caso se trata de un problema de conflicto resultante de la contradicción entre dos sentencias; para resolver este conflicto, todos los Estados interesados deben atribuir competencia a la jurisdicción penal internacional; y la sentencia sometida a revisión debe ser definitiva, es decir, deben haberse agotado todos los recursos internos. Habida cuenta de todos estos factores, cabe preguntarse si un Estado que haya considerado que no debía renunciar a la competencia sobre un asunto en primera instancia en beneficio de la jurisdicción penal internacional aceptará someter a la censura de esa jurisdicción, por ejemplo, una decisión de su tribunal supremo. En estas circunstancias, se comprende que los autores del proyecto de estatuto de 1953 no hayan considerado oportuno conceder tal poder de revisión a la jurisdicción penal que proponían.

47. El Sr. Razafindralambo hace suya la idea de dotar a la jurisdicción penal internacional de una competencia consultiva. Pero la facultad de solicitar una opinión consultiva debería extenderse a la Asamblea General y al Consejo de Seguridad, así como a las organizaciones internacionales.

<sup>12</sup> Véase 2207.<sup>a</sup> sesión, nota 7.

48. En cuanto a la acción penal, se han formulado argumentos pertinentes contra la intervención del Consejo de Seguridad, y el Sr. Razafindralambo, por su parte, desea simplemente recordar que la acción penal comporta dos aspectos: la acción pública y la acción civil. Ahora bien, esta acción civil es absolutamente indispensable para obtener la condena del culpable al pago de daños y perjuicios o a la restitución de los bienes sustraídos, en virtud del principio judicial heredado del derecho romano según el cual un tribunal no puede resolver *extra petita* o *non petita*, a menos que no se pronuncie sobre las sanciones patrimoniales, cuyo beneficiario no puede ser en principio una persona privada. Por tanto, parece necesario prever una disposición especial relativa a la acción civil.

49. El Sr. MCCAFFREY felicita al Relator Especial por su informe, que debería permitir a la Comisión progresar en sus trabajos, aportando en particular a la Asamblea General elementos de reflexión sobre la creación eventual de una jurisdicción penal internacional. Por su parte, la Comisión debe proceder con modestia y sentido práctico, particularmente teniendo en cuenta que los acontecimientos recientes, no sólo la guerra del Golfo, sino también las iniciativas adoptadas por ejemplo por el Congreso de los Estados Unidos de América y el Parlamento británico, hacen más aceptable la idea de establecer una jurisdicción penal internacional encargada de juzgar a los individuos acusados de crímenes que pertenecen a una categoría muy limitada, a saber, la de los crímenes de derecho internacional de extrema gravedad.

50. En cuanto a la primera parte del informe, en la que el Relator Especial trata de las penas que han de imponerse, el Sr. McCaffrey considera que el código debe ciertamente prever las penas aplicables, en virtud del principio *nulla poena sine lege*, pero cree, como el Sr. Tomuschat, que se trata también de una cuestión política. Más concretamente, piensa que la pena que ha de aplicarse a cada crimen no puede ser determinada más que por los Estados, ya sean los Estados que estén representados en la conferencia que se convocará para examinar el proyecto de código y la creación de un tribunal penal internacional, ya sean tal vez los Estados que pasen a ser partes en el estatuto de ese tribunal. Como ha señalado el Sr. Roucouas, la Comisión puede como máximo establecer una especie de jerarquía de las penas, es decir, por ejemplo, determinar que el genocidio es el más grave de todos los crímenes previstos en el código y que debería ser castigado con la pena más grave, y que ciertos tipos de intervención no deberían ser castigados más que con un tipo de pena menos grave. Por tanto, debería proponer una escala de penas, aunque esto es difícil y aunque la pena de muerte, por ejemplo, sea controvertida, en vez de determinar una pena para cada uno de los crímenes previstos, o también, como sugiere el Relator Especial, una pena para el conjunto de esos crímenes. En efecto, si bien es cierto que los crímenes incluidos hasta ahora se consideran los más graves, no es menos cierto que su grado de gravedad es diferente. La Comisión no ganaría nada con tratar de fijar una pena privativa de libertad de una duración determinada, o incluso estableciendo la pena de cadena perpetua, acompañada o no de la posibilidad de libertad condicional. En cualquier caso, es cierto que, habida cuenta de la práctica de los Estados que tan útilmente ha analizado el Relator Especial, la

Comisión debería recomendar la exclusión de la pena de muerte.

51. Como otros miembros de la Comisión, el Sr. McCaffrey considera que el juez, cuando tenga que dictar la pena aplicable, deberá tener en cuenta todas las circunstancias: no sólo las circunstancias atenuantes, sino también las agravantes, tales como no respeto de las resoluciones del Consejo de Seguridad, comportamiento particularmente monstruoso, premeditación, planificación y ejecución metódica, por ejemplo, de un programa de genocidio. El tribunal deberá gozar de la facultad discrecional de dictar la pena apropiada al crimen, tal vez dentro de los límites de determinados parámetros precisos, y a la luz de todas las circunstancias pertinentes.

52. Pasando a la cuestión de la creación de una jurisdicción penal internacional, y en primer lugar a la cuestión de su competencia objetiva, el Sr. McCaffrey se inclina, para que esta institución sea más aceptable, por la segunda variante propuesta por el Relator Especial, es decir, la limitación de esta competencia a ciertos crímenes definidos en las convenciones vigentes y ampliamente aceptadas. En cuanto a los Estados que estarían facultados a someter asuntos al tribunal, sin duda sería útil aprovechar en cierta medida los trabajos del seminario de Talloires de que ha hablado el Sr. Jacovides. En otras palabras, puesto que se trata de crímenes contra la comunidad internacional en su conjunto, cualquier Estado debería tener derecho de iniciar un procedimiento ante el tribunal, presentando por escrito una demanda preliminar a la autoridad que se defina en el estatuto del tribunal, y que en cualquier caso debería ser un órgano independiente e imparcial encargado de llevar a cabo la instrucción y determinar si corresponde seguir el procedimiento. Ahora bien, el tribunal no podrá ser competente más que con el asentimiento del Estado lesionado, del Estado de que sea nacional el acusado, del Estado de que sea nacional la víctima, o del Estado en cuyo territorio haya sido detenido el acusado. En efecto, el consentimiento de este último Estado será crucial ya que, si se quiere evitar que se recurra abusivamente al tribunal con fines políticos, es preciso que en ningún caso el acusado pueda ser juzgado en rebeldía. Además, el consentimiento de este Estado haría inútil el sistema bastante complejo previsto por el Relator Especial en el párrafo 2 de la disposición propuesta, según el cual cierto número de Estados deberían atribuir competencia al tribunal cuando sus tribunales sean también competentes para juzgar al acusado. Tal sistema no podría sino comprometer la competencia del tribunal en los casos más graves, como los concernientes a los crímenes de guerra o al crimen de genocidio.

53. En cuanto a la competencia de revisión del tribunal, prevista en el párrafo 4 de la disposición propuesta, el Sr. McCaffrey piensa que los Estados la aceptarían aún con menos facilidad que la atribución de competencia al tribunal en primera instancia.

54. En lo que concierne a las relaciones entre el tribunal penal internacional y el Consejo de Seguridad, el Sr. McCaffrey sigue pensando que los crímenes de agresión y de amenaza de agresión son crímenes *sui generis*, en el sentido de que, por definición, sólo existen si el Consejo de Seguridad califica de tales ciertos actos. Da-

das estas circunstancias, no comprende cómo un tribunal penal internacional podría declarar culpable a un individuo de haber cometido un crimen de agresión o de amenaza de agresión si el Consejo de Seguridad no se pronuncia o si determina que no ha habido agresión ni amenaza de agresión. A este respecto, el Sr. McCaffrey no comparte plenamente las observaciones hechas por el Sr. Pellet (2209.<sup>a</sup> sesión) a propósito de la decisión de la CIJ en el asunto entre Nicaragua y los Estados Unidos de América, ya que la CIJ, con razón o sin ella, según la opinión que se adopte sobre la admisibilidad de la petición, trataba de la legítima defensa, noción que difiere de la de agresión. No sólo sería extraño que hubiera dos calificaciones diferentes, una procedente del Consejo de Seguridad y otra procedente del tribunal, sino que sería perjudicial para el orden jurídico internacional que un tribunal penal internacional declarase, por ejemplo, a un alto funcionario culpable del crimen de agresión en tanto que el Consejo de Seguridad hubiera decidido que no había habido agresión de parte del Estado al que sirva dicho alto funcionario. Esto no significa, sin embargo, que el tribunal penal internacional no pueda conocer de asuntos que conciernan a un conflicto armado: deberá conocer de ellos si es llamado a juzgar crímenes de guerra.

55. Por último, el Sr. McCaffrey expresa la esperanza de que la Comisión pueda ponerse rápidamente de acuerdo sobre una propuesta concreta, particularmente en lo que concierne a la creación de un tribunal penal internacional.

*Se levanta la sesión a las 11.35 horas.*

## 2212.<sup>a</sup> SESIÓN

*Miércoles 22 de mayo de 1991, a las 10.05 horas*

*Presidente:* Sr. Abdul G. KOROMA

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

### Expresión de condolencia con motivo de la muerte del Sr. Rajiv Gandhi, ex Primer Ministro de la India

1. EL PRESIDENTE dice que se ha enterado con horror de las circunstancias de la muerte del Sr. Rajiv Gandhi, ex Primer Ministro de la India. Sin duda todos los miembros de la Comisión querrán unirse a su Presi-

dente para lamentar la pérdida de tan gran estadista. En nombre de la Comisión, el Presidente expresa su más sentido pésame al Sr. Sreenivasa Rao, a la familia del Sr. Gandhi y al pueblo de la India con motivo de una pérdida tan irreparable.

2. El Sr. Sreenivasa RAO da las gracias al Presidente y a todos los miembros de la Comisión por sus expresiones de condolencia con motivo de la trágica pérdida sufrida por el pueblo de la India. El asesinato de un dirigente político tan amado y que tanto prometía ofrece un nuevo testimonio, si es que fuera necesario, de la oportunidad de la labor de que se ocupa actualmente la Comisión.

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

[Tema 4 del programa]

#### NOVENO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

#### ARTÍCULO Z y

#### COMPETENCIA DE UN TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL<sup>3</sup> (continuación)

3. El Sr. SOLARI TUDELA dice que, en la primera parte de su informe, el Relator Especial propone una pena única para todos los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, con circunstancias atenuantes que rebajarían la pena de 10 a 20 años de prisión. A juicio del Sr. Solari Tudela, no obstante, sería preferible, de no haber circunstancias atenuantes, establecer una pena mínima y una pena máxima y dejar que el juez, con esos parámetros, pudiera aplicar la pena correspondiente atendidas las circunstancias.

4. La tendencia mundial a favor de la abolición de la pena de muerte se manifiesta también en la región latinoamericana, y se refleja no sólo en la legislación interna de los diversos países latinoamericanos, sino también en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Convención no prohíbe la pena de muerte, pero sí prohíbe el restablecimiento de esa pena una vez que ha sido abolida. La prisión perpetua no parece compatible con el sistema legal americano. El criterio adoptado en la referida Convención, por ejemplo, consiste en que las penas no son solamente correctivas sino que deben llevar a la readaptación de la persona condenada a la vida social. Una pena más realista sería la de prisión por un período mínimo de 10 años y un período máximo de 25 años, que es el período de mayor duración en muchos

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario...* 1991, vol. II (primera parte).

<sup>3</sup> 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.<sup>a</sup> sesión, párr. 3.