

ciones Unidas actúan en armonía; es más, no sería necesario que el tribunal hiciera el análisis de hechos que son complejos para llegar a la misma conclusión que el Consejo. Pero se pueden oponer argumentos igualmente convincentes en contra de la obligación del tribunal de atenerse a la decisión del Consejo de Seguridad. En principio, no le parece aconsejable que un tribunal quede vinculado por una decisión que dimana de una instancia política. Sin embargo, la decisión del Consejo de Seguridad abarcaría sólo la responsabilidad del Estado de que se trate y nada diría en lo que respecta a la responsabilidad de las personas, de la que incumbe al tribunal ocuparse en forma exclusiva. Evidentemente, si el órgano que determina que se ha cometido un crimen de *apartheid* o de agresión es la Asamblea General, la situación es clara en cuanto no se aplicaría el Artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas. En ese caso, la opinión de la Asamblea General sólo sería un elemento de prueba entre tantos otros que el tribunal debería tener en cuenta, pero no sería vinculante.

51. El Sr. THIAM (Relator Especial) observa que en la variante B del proyecto de disposición sobre el derecho aplicable, las palabras «reconocidos por las Naciones Unidas» que figuran en el apartado *c* se deberían sustituir por las palabras «reconocidos por las naciones».

52. El Sr. AL-BAHARNA preferiría que se diga «los Estados» y no «las naciones».

53. El Sr. YANKOV recuerda el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados que, en su caso, podría servir de modelo al Relator Especial.

54. El Sr. THIAM (Relator Especial) señala que en la versión inglesa del apartado *a* de la variante B, la palabra «prevention» debería sustituirse por un término más exacto.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

2259.^a SESIÓN

Miércoles 13 de mayo de 1992, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Razafindralambo, Sr. Robinson, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad¹ (continuación) (A/CN.4/442², A/CN.4/L.469, secc. C, A/CN.4/L.471, A/CN.4/L.475 y Rev.1)

[Tema 3 del programa]

DÉCIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

POSIBLE ESTABLECIMIENTO DE UNA JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL (continuación)

1. El PRESIDENTE dice que la Comisión continuará su debate acerca de la segunda parte del informe del Relator Especial (A/CN.4/442) examinando primeramente el derecho aplicable y la competencia y, a continuación, la reclamación ante el tribunal y la acción de reparación³.

2. El Sr. YANKOV dice que se deben señalar muy claramente las fuentes del derecho penal internacional que ha de aplicar el propuesto tribunal penal internacional. Esas fuentes se dividen en dos categorías principales, de las cuales la primera corresponde a la jurisdicción transnacional *ratione personae*, que generalmente queda comprendida en el ámbito de la competencia de los Estados. En estos casos, los presuntos criminales son individuos y la mayoría de las fuentes se encuentran en la jurisprudencia del derecho penal interno, dado que todavía no existe un cuerpo suficiente de jurisprudencia de los tribunales internacionales que sirva de orientación. La otra fuente principal corresponde a los tratados y las convenciones internacionales y, en cierta medida, al derecho internacional consuetudinario.

3. La primera cuestión que se plantea es hasta qué punto el artículo 38 del estatuto de la CIJ es aplicable a un tribunal penal internacional. Es importante determinar en qué medida el posible proyecto de disposición sobre el derecho aplicable, y en especial la variante B, está en consonancia con la forma y el contenido de ese artículo. En la esfera del derecho penal internacional, el proceso de interacción entre el derecho convencional y el derecho consuetudinario parece ser menos dinámico que en otras esferas del derecho internacional. En los tiempos actuales, las nuevas normas y los nuevos principios surgen fundamentalmente del derecho convencional. Sin embargo, a veces esas normas y esos principios tienen su origen en la legislación promulgada por los Estados, lo cual favorece una mayor armonización y unificación del derecho penal.

4. En lo que respecta a la variante A, sería conveniente que se hiciera una referencia específica al estatuto del tribunal y a las convenciones internacionales aplicables. Un problema complejo que todavía no se soluciona es el del carácter jurídico de las obligaciones que contraerían en virtud del código los Estados que lo han ratificado pero que no son partes en las convenciones pertinentes.

¹ Para el texto de los artículos aprobados provisionalmente por la Comisión en primera lectura, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), cap. IV, secc. D.

² Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

³ Para el texto de los posibles proyectos de disposiciones, véase 2254.^a sesión, párrs. 3, 4, 6 y 7.

5. Por su parte, prefiere la variante B y considera que el apartado *b* debe figurar en el proyecto de disposición aun cuando la costumbre desempeña un papel más bien limitado en el derecho penal internacional. En cambio, se debe suprimir o modificar sustancialmente el apartado *c*, haciendo referencia tal vez a «los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional». El apartado *d*, tal como está redactado, quizás induzca a error pues se puede entender referido ya sea a las decisiones judiciales de los tribunales nacionales o bien a las de los tribunales internacionales. En lo que respecta al apartado *e*, el derecho interno, en cuanto tal, no podría considerarse como derecho aplicable por una jurisdicción penal internacional, salvo que las partes en un caso determinado manifestasen expresamente su consentimiento al respecto en el acuerdo por el cual deciden someter el asunto ante el tribunal.

6. Otra importante cuestión es la relación entre el código y el estatuto del tribunal, por una parte, y, por la otra, los instrumentos internacionales específicos como la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio. Sería útil que el Relator Especial prestara especial atención a esta cuestión.

7. El Sr. Yankov está de acuerdo en que debe haber una disposición sobre la competencia del tribunal *ratione personae*, sobre todo para señalar que la competencia se refiere a los individuos independientemente de que sean funcionarios públicos o particulares. Tal vez se pudiera incluir inmediatamente antes del proyecto de disposición sobre la competencia *ratione materiae*. En lo que respecta a los crímenes enumerados en esta última disposición, se pregunta por qué no se incluye la agresión, si bien observa que también se omiten otros crímenes mencionados en el proyecto de código. Es necesario un enfoque moderado y realista del ámbito de la competencia, y la de carácter facultativo no debería ser más amplia que la obligatoria. Si así fuere, el código tal vez no pase de ser una declaración. Por último, la norma enunciada en el párrafo 3 del posible proyecto de disposición sobre la competencia del tribunal por razón de la materia respecto de las apelaciones es aun en el mejor de los casos de dudosa conveniencia, pero en la presente etapa tal vez sea prudente mantener la formulación del Relator Especial.

8. En lo que respecta a la cuestión del derecho a interponer una querrela ante el tribunal, el posible proyecto de disposición le parece muy restrictivo. Tal vez sea preferible un enfoque algo más liberal que el del párrafo 2.

9. El Sr. SHI dice que sus dudas acerca de la viabilidad del establecimiento de un tribunal penal internacional en el estado actual de desarrollo de las relaciones entre los Estados no significan en modo alguno que se oponga a un análisis más a fondo de todas las cuestiones relacionadas con ese tribunal. Por el contrario, ese análisis amplio permitirá a la Comisión cumplir el mandato que le ha encomendado la Asamblea General en su resolución 46/54 de 9 de diciembre de 1991. En repetidas oportunidades, el Relator Especial ha dejado en claro que sus posibles proyectos de disposiciones no han sido concebidos como parte de un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional puesto que, de todas maneras, eso no es

lo que la Asamblea General ha encomendado a la Comisión.

10. En relación con el derecho aplicable, no hay ninguna diferencia de fondo entre las variantes A y B presentadas por el Relator Especial. Sin embargo, ninguna de ellas es satisfactoria. Primeramente, el derecho penal internacional, entendido en el sentido de lo que el Relator Especial califica como «derecho internacional penal», no constituye una esfera del derecho internacional, ni tampoco una disciplina y ni siquiera un concepto universalmente reconocido. Un sistema de derecho penal internacional tendría que abarcar tres elementos indispensables, a saber, un código penal internacional, una jurisdicción penal internacional y un mecanismo para la aplicación y ejecución de las penas. El Sr. Shi comparte la opinión expresada por otros miembros en cuanto a que un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad tendría escasa importancia sin el respaldo de una jurisdicción penal internacional. Desde luego, el código podría ser aplicado por los tribunales nacionales, pero ello daría lugar a una jurisprudencia contradictoria y, por lo tanto, el código sería menos eficaz. Por otra parte, el establecimiento de una jurisdicción penal internacional dista mucho de ser una cuestión razonable en la etapa actual de desarrollo de las relaciones internacionales; aunque la «guerra fría» ha terminado, probablemente la política de poder seguirá determinando las relaciones internacionales y es difícil que los Estados estén dispuestos a hacer las concesiones necesarias en la esfera de su soberanía para que ese tribunal pueda funcionar. Aunque no cree que, en definitiva, el proyecto de código pase a ser una convención internacional de carácter obligatorio, dado que para muchos miembros no es hora todavía de hablar de un derecho penal internacional en un sentido pleno, sigue abrigando la esperanza de lograr un resultado satisfactorio.

11. En relación con la variante B del proyecto de disposición, considera que el derecho penal internacional debe tener sus propias características; sus fuentes no pueden ser iguales a las del derecho internacional tradicional. Por ejemplo, si el tribunal aplicase la costumbre, así como los principios generales de derecho penal y los medios auxiliares para determinar las normas de derecho, sus poderes discrecionales serían demasiado amplios y en nada contribuirían a garantizar su imparcialidad, prestigio y objetividad. Es cierto que el párrafo 2 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos admite la posibilidad de que en los juicios penales se apliquen los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional, pero no parece prudente aplicar ese concepto en el contexto del estatuto de un tribunal penal internacional. Antes bien, el principio rector debería ser el de la precisión, en consonancia con la norma *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*; en otros términos, un convenio debe enunciar la definición exacta de los crímenes de que se trata y las penas aplicables. Si bien los Tribunales de Nuremberg y de Tokio aplicaron la costumbre y los principios generales del derecho, esos tribunales fueron creados para hacer frente a una situación muy excepcional. Por consiguiente, el Sr. Shi está de acuerdo en que las fuentes del derecho que ha de aplicar el tribunal penal internacional sean exclusivamente los tratados y los convenios internacionales.

12. En materia de competencia del tribunal, el Relator Especial prevé un doble régimen, de competencia exclusiva, por una parte, y, por la otra, de competencia facultativa. El hecho de que un Estado sea parte en el estatuto de un tribunal no significa que automáticamente atribuya competencia al tribunal. El Sr. Shi está de acuerdo con la disposición del artículo 26 del proyecto de estatuto revisado de 1953, sobre atribución de competencia⁴. En lo que respecta al párrafo 1 de la disposición sobre competencia del tribunal por razón de la materia, señala que los crímenes de genocidio, violaciones sistemáticas y masivas de los derechos humanos y el *apartheid* sólo pueden ser cometidos por Estados, mientras que el tráfico internacional ilícito de estupefacientes, la captura de aeronaves y el secuestro de diplomáticos generalmente son cometidos por individuos. En cuanto a la primera categoría de crímenes y salvo que existan circunstancias especiales como las de los Tribunales de Nuremberg y Tokio, sería imposible pedir que un Estado entregue al tribunal penal internacional, para que sea juzgada, a la persona presuntamente responsable, sobre todo si esa persona ocupa un alto cargo de gobierno. En esos casos, la única manera de detener al presunto delincuente será recurrir al uso de la fuerza armada contra el Estado de que se trate, y entonces no podrá evitarse el sufrimiento de la población de ese Estado. Por otra parte, de establecerse la competencia exclusiva sugerida por el Relator Especial, muchos Estados serán reacios a hacerse partes en el estatuto del tribunal. En cuanto a la segunda categoría, esto es, los crímenes en los que el Estado no está involucrado, la cooperación internacional en sus diversas formas, como la Interpol, los tratados de extradición, los tratados de asistencia en la esfera judicial y la jurisdicción universal, son importantes medios de prevención. De ser insuficiente la cooperación en esta esfera, un esfuerzo conjunto de los Estados permitiría mejorarla; es más fácil solucionar estos obstáculos que los inherentes al establecimiento de un tribunal penal internacional.

13. El Sr. Shi está plenamente de acuerdo con el párrafo 3 del proyecto de disposición, ya que sin duda la mayoría de los Estados no acepta la idea de un tribunal internacional que tenga competencia en materia de apelación de las decisiones dictadas por sus propios tribunales nacionales y cualquier sistema que entrañe someter esas decisiones al conocimiento del tribunal internacional sería considerado como violación manifiesta de la soberanía.

14. En cuanto al principio de la doble instancia, está de acuerdo en que un tribunal penal internacional debe funcionar como tribunal de primera instancia y como tribunal de apelación. Según se ha sugerido, sería conveniente que una sala del tribunal conociera de los asuntos en primera instancia y que el tribunal en pleno conociera de la apelación.

15. El Sr. MAHIU, antes de referirse a los dos proyectos de disposición, desea hacer un comentario preliminar. Observa que al referirse al proyecto de código aprobado en primera lectura por la Comisión en su 43.º período de sesiones, en 1991, el Sr. Pellet (2257.^a sesión) habla del código «de ustedes», el proyecto «de ustedes»

y el código que «ustedes» han aprobado. Estas expresiones le causan una cierta perplejidad dado que todo proyecto es aprobado por la Comisión en su conjunto, en una decisión de consenso. Puede que ese consenso sea imperfecto, pero tal vez la imperfección sea propia de la naturaleza de todo consenso. Al aprobar en primera lectura el proyecto de código —que, evidentemente, suscitó reacciones diferentes—, la Comisión ha hecho un esfuerzo colectivo. Por ello, le cuesta comprender que alguien niegue la paternidad del código, aun cuando se trate de una paternidad en cierto modo putativa.

16. En cuanto a la disposición propuesta por el Relator Especial sobre el derecho que ha de aplicar el tribunal penal internacional, considera que la variante A debería ampliarse de manera considerable y que la variante B suscita ciertas objeciones y comentarios, lo que ciertamente desea el Relator Especial. La parte más importante de la variante B es su apartado *a*, relativo a los convenios internacionales que son, con mucho, las fuentes más importantes del derecho internacional; toda otra fuente es de carácter secundario. A este respecto, se pregunta si no se debería hacer una diferenciación en las fuentes con arreglo al tipo de normas de que se trate. Por ejemplo, la diferenciación que a veces se hace entre normas de comportamiento y normas de prevención tiene tal vez más importancia en el derecho internacional que en el derecho interno. Las normas de comportamiento son las que determinan que un acto u omisión se califique de crimen. En su opinión, toda calificación de este tipo debe estar basada en los convenios internacionales y quizás también en los principios generales del derecho, pero existen serias dudas acerca de la costumbre. A este respecto, el Sr. Shi ha mencionado el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del cual parece desprenderse que, en la esfera de los derechos humanos, el fundamento para calificar de crimen un acto es el derecho internacional en general. Sin embargo, llama especialmente la atención el hecho de que el artículo 15 no haga ninguna referencia a la costumbre como fuente de derecho, de lo cual, por su parte, sólo puede deducir que la intención no era hacer de la norma consuetudinaria una base para la calificación de un acto como crimen. Si esto es así tratándose de los derechos humanos, ¿podría acaso utilizarse una norma consuetudinaria tratándose de infracciones infinitamente más graves como los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad?

17. La situación es diferente tratándose de las normas de prevención —esto es, las normas que enuncian los requisitos para el ejercicio de la acción y la aplicación de las sanciones—, dado que esas normas son principalmente de carácter procesal. Si esas normas no dimanaran de los convenios internacionales o de los principios generales del derecho, se podrán deducir de la costumbre y, en ciertos casos, quizás también del derecho interno. Para determinarlas se podrá recurrir también a medios auxiliares como las decisiones judiciales y aun la doctrina.

18. El proyecto de disposición sobre la competencia del tribunal *ratione materiae* es el más complejo y difícil de todos y puede decirse que refleja todas las dificultades que se plantean tanto en el derecho internacional en general como en el proyecto de código en particular: la soberanía de los Estados y las cuestiones de competencia obligatoria, competencia facultativa, competencia exclu-

⁴ Véase 2254.^a sesión, nota 4.

siva y competencia concurrente. Se plantea asimismo otro problema, el de los Estados interesados en el castigo del crimen, que pueden ser al menos cuatro. En consecuencia, no es en absoluto claro que se logre una solución generalmente satisfactoria.

19. Una dificultad es la relación entre el código y el tribunal, en la medida en que el primero puede influir en el segundo y viceversa. Si el código se limitara a algunos crímenes particularmente graves —por su parte, prefiere este enfoque—, lo lógico sería optar por la competencia exclusiva del tribunal penal internacional. Sin embargo, el problema es llegar a acuerdo sobre la lista de los crímenes que quedarían comprendidos en el ámbito de esa jurisdicción exclusiva. Por otra parte, si el código hubiera de abarcar muchos crímenes, algunos de los cuales son ya de la competencia de los tribunales nacionales, no ve cómo se podría establecer una competencia obligatoria o exclusiva y, en cambio, considera que se debería optar por la jurisdicción concurrente. Por ejemplo, suponiendo que se dote al tribunal de competencia para conocer de los casos de tráfico ilícito de estupefacientes, se necesitaría un verdadero ejército de magistrados para juzgar a miles de personas que son buscadas por ese crimen en todo el mundo. En otros términos, dificultades prácticas se oponen a la inclusión de ciertos crímenes en el proyecto de código.

20. Una sugerencia, si bien algo simplista y que no lo satisface ni en el plano intelectual ni en el jurídico, es la de que el tribunal tenga competencia respecto de cualquier crimen que un Estado someta a su conocimiento en virtud de un convenio internacional. En tal caso, el proyecto de código especificaría, en relación con cada uno de los crímenes en él mencionados, si el tribunal penal internacional tiene o no competencia. De ese modo no sería necesario buscar una solución global de principio a la cuestión de la competencia, que además de problemática tal vez sea imposible en esta etapa. No cabe enredarse en una cuestión de principio cuya solución no es nada fácil. De acogerse su sugerencia, incumbiría a los Estados decidir cuál es la esfera de competencia del tribunal y si desean o no hacer uso de los instrumentos de que disponen.

21. El Sr. PELLET, refiriéndose a la primera cuestión planteada por el Sr. Mahiou, dice que si el argumento de éste se hubiera llevado a su conclusión lógica, los miembros de la Comisión habrían quedado en una posición insostenible y tal vez se habría debido votar. Sería mejor reconocer el hecho de que un miembro pueda oponerse a un instrumento aprobado por la Comisión pero no a que se remita ese instrumento a la Asamblea General. Reitera que no está en favor del proyecto de código en la forma en que se ha aprobado.

22. En respuesta a una solicitud del Sr. VERESHCHETIN, el Sr. MAHIOU repite la proposición que ha formulado sobre la competencia del tribunal.

23. El Sr. RAZAFINDRALAMBO pide al Sr. Vereshchetin que se remita a las actas, que reflejan correctamente tanto las opiniones como las sugerencias formuladas en el curso del debate. A su juicio, es de lamentar que en su décimo informe el Relator Especial no haya resumido, aunque sea brevemente, los anteriores debates

sobre las cuestiones que la Comisión tiene ahora ante sí. Naturalmente, aunque no se puede evitar que surjan nuevas cuestiones como consecuencia de las opiniones expresadas en la Sexta Comisión y de la presencia en la CDI de muchos nuevos miembros, de todos modos, en aras de un posible progreso, es aconsejable no repetir cuestiones ya tratadas. Casi todos los miembros han acogido favorablemente el enfoque del Relator Especial que vincula el proyecto de código y el futuro tribunal. Por ello, los posibles proyectos de disposiciones sobre el derecho aplicable y sobre la competencia del tribunal *ratione materiae*, aunque son diferentes, se deben considerar estrechamente vinculados. En su opinión, la variante A del proyecto de disposición sobre el derecho aplicable es insuficiente, tanto en la forma como en el fondo, y puede dar lugar a interpretaciones contradictorias. La variante B es más apropiada, pero la expresión «crímenes de derecho internacional» que figura en el apartado *a* se debería sustituir por la de «crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad».

24. Al igual que el Sr. Yankov y el Sr. Calero Rodrigues (2258.^a sesión), duda de que sea conveniente la referencia a la «costumbre internacional» en el apartado *b*. En el derecho penal no existe casi ninguna costumbre internacional que no se refleje en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los Convenios de Ginebra de 1949 así como los protocolos facultativos pertinentes. Por consiguiente, no le parece que la costumbre internacional deba ser un elemento específico del derecho aplicable.

25. Una objeción análoga puede hacerse al apartado *c*. La mayoría de los principios generales de derecho penal reconocidos por los Estados se enuncian ya en el derecho convencional actual, con inclusión, entre otros textos, de la primera parte del propio proyecto de código. Ese apartado se debería modificar para que diga así: «Los principios generales del derecho, en particular, del derecho penal y del derecho procesal penal reconocidos por los Estados».

26. El apartado *d* no plantea dificultades; en cambio, en el apartado *e* no cabe la referencia al derecho interno, que se debería eliminar. El proyecto de código de 1953 preveía un sistema completamente diferente y no debe ser un modelo en el presente caso.

27. En lo que respecta a la competencia *ratione materiae*, la sugerencia de que los crímenes se dividan en dos categorías —la primera, los crímenes respecto de los cuales el tribunal tendría competencia exclusiva y la segunda, los crímenes respecto de los cuales su competencia sería facultativa— es discutible ya que no parecen haberse utilizado criterios objetivos para incluir los crímenes en esas categorías. Por ejemplo, la primera categoría, si bien abarca el tráfico internacional ilícito de estupefacientes, la captura de aeronaves y el secuestro de diplomáticos, no abarca crímenes tan graves como la agresión. La sugerencia de que la categoría de los crímenes se determine en función de que haya o no participa-

⁵ Resolución 217 A (III) de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1948.

ción del Estado es ingeniosa pero difícilmente aceptable para un gran número de Estados. El sistema que tal vez logre una más amplia aceptación sería el de exigir la atribución de competencia en el caso de todos los crímenes en los que esté involucrada la responsabilidad del Estado, directa o indirectamente. Como se ha propuesto en la Sexta Comisión, se podría establecer un mecanismo por el cual los Estados reconozcan la competencia exclusiva y obligatoria del tribunal respecto de ciertos crímenes previstos en el código, que los propios Estados determinarían a la luz de sus intereses. Así, la disposición del párrafo 1 se aplicaría sólo a crímenes como el genocidio y el *apartheid* que, en virtud de las convenciones internacionales en vigor, están comprendidos en el ámbito de la jurisdicción nacional. El párrafo 3 del proyecto de disposición merece su aprobación ya que, al declarar que el tribunal no constituye una instancia de apelación de las decisiones dictadas por las jurisdicciones nacionales, esa disposición refleja la opinión prácticamente unánime tanto de la CDI como de la Sexta Comisión. Por último, a su juicio, se debería elaborar un cuadro que refleje las cuestiones fundamentales en las que existe un cierto acuerdo. Ese cuadro, que tal vez podría encomendarse a un grupo de trabajo especial nombrado con ese fin, sería de gran utilidad para que la Asamblea General pudiera impartir orientación más detallada a la Comisión.

28. El Sr. ROSENSTOCK agradece al Relator Especial su útil informe, que ilustra las cuestiones que la Comisión debe abordar. Es de esperar que el Relator Especial y el grupo de trabajo que lo ayuda puedan elaborar una lista de cuestiones fundamentales y esbozar en términos generales su contenido. La Comisión debe examinar la posibilidad de establecer tribunales *ad hoc*, que funcionen cuando sea necesario. En lo que respecta a la segunda parte del informe, espera con interés las opiniones del grupo de trabajo. No es necesario que el sistema elaborado sea perfecto para suministrar a la Asamblea General las bases que le permitan adoptar una decisión en cuanto al establecimiento de algún tipo de jurisdicción penal internacional. Basta plantear todas las cuestiones pertinentes en forma clara y hacer algunas sugerencias para dar a la Asamblea General una cierta orientación.

29. En lo que respecta al derecho aplicable, se pregunta si existe la suficiente claridad en cuanto al contenido del derecho penal internacional o de la costumbre internacional pertinente. El Sr. Yankov tiene razón al decir que probablemente se desarrollará un cuerpo de normas consuetudinarias. Un nuevo enfoque, de carácter neutro en cuanto a la exclusión o inclusión de la costumbre, evitaría quizás los peligros que, en opinión del Sr. Calero Rodríguez (2258.^a sesión) y de otros miembros entre los que se cuenta, plantea la costumbre internacional y dejaría abierta la posibilidad de un desarrollo futuro. En cuanto al apartado *d* de la variante B, se pregunta si esa disposición se refiere a las decisiones de fondo o sólo a las de carácter procesal y qué cabida tendría el principio *non bis in idem*.

30. El apartado *e* se refiere al derecho interno y, por su parte, comprende la posición de quienes advierten el peligro de mezclar ambos sistemas, pero si no se hace referencia al derecho interno o no se lo incorpora en cierto modo, se dejaría un gran vacío. El derecho interno es un

supuesto necesario para la debida aplicación de algunos instrumentos, entre otros, la Convención internacional contra la toma de rehenes, y la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos. El grupo de trabajo tal vez desee examinar la posibilidad de tomar «atajos» viables utilizando lo que ya existe, aunque sea en un contexto diferente. Algunos aspectos del enfoque adoptado en 1953 u otro método novedoso quizás ayuden a solucionar un problema que, de lo contrario, será muy arduo y complejo.

31. Una manera de abordar la cuestión del derecho aplicable sería enumerar las convenciones internacionales aplicables, con inclusión del propio código, ya sea desde que se adopte inicialmente o desde que haya sido ampliamente ratificado.

32. En lo que respecta al proyecto de disposición sobre la competencia del tribunal por razón de la materia, la idea de una competencia exclusiva en ciertos tipos de casos tiene un interés manifiesto. Sin embargo, esa idea no tuvo una acogida favorable en la mayoría de los representantes que la examinaron en la Asamblea General. La solución propuesta por el Sr. Mahiou puede que tampoco sea la mejor. La Comisión tal vez desee presentar a la Asamblea General diversas posibilidades, una de las cuales sería un sistema de competencia completamente facultativo. Si la Comisión sugiere que el único enfoque posible es la competencia exclusiva, la Asamblea General lo rechazará de inmediato.

33. Por otra parte, el proyecto de código tampoco define apropiadamente el concepto fundamental de las violaciones sistemáticas y masivas de los derechos humanos. Es de esperar que, a su debido tiempo, esta cuestión se trate en el comentario. En lo que respecta a la captura de aeronaves y el secuestro de diplomáticos, dado que las convenciones relativas a la protección de los diplomáticos y a la toma de rehenes están contenidas en instrumentos separados, tal vez no sea conveniente mezclar estas cuestiones. Un hecho todavía más importante es el siguiente: incluir el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves y no el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil pondría a la Comisión en la situación absurda de elaborar un régimen que no pudo aplicarse en el caso del vuelo 103 de la línea aérea Pan Am. Por otra parte, cabe preguntarse si es útil que el *apartheid* y el colonialismo se incluyan en el código y si hay algún aspecto de cualquiera de estas cuestiones que no esté debidamente comprendido o que no pueda quedar comprendido en los crímenes de violaciones sistemáticas y masivas de los derechos humanos y de uso de la fuerza. Un lenguaje más neutral y menos anacrónico contribuiría a despolitizar la situación.

34. La Comisión, ya sea que opte por la competencia exclusiva o por la competencia concurrente, deberá determinar cuántos son los Estados que deben prestar su consentimiento. ¿Es necesario el consentimiento de cualquier otro Estado que no sea el Estado en el que se encuentra el acusado? ¿Se puede dar por sentado el consentimiento de todos los Estados que sean partes en el estatuto? Si se requiriera el consentimiento de todos los Estados víctimas, éstos serían unos 30 ó 40 en el caso

del vuelo 103 de la línea aérea Pan Am. Si el código exigiera el consentimiento del Estado del cual sea nacional el acusado, se apartaría de las prácticas en materia de extradición. Por ejemplo, si un ciudadano de los Estados Unidos de América viaja a Italia para asaltar un banco y huye luego a Suiza, y suponiendo, a los efectos del razonamiento, que Italia no tiene tratado de extradición con los Estados Unidos pero sí con Suiza, nadie consideraría pertinente preguntar a los Estados Unidos si cabe otorgar la extradición a Italia de ese ciudadano estadounidense. El argumento de que se requiere el consentimiento del Estado de la nacionalidad refleja un interés por politizar el sistema. La Comisión, en cuanto sostiene que el Estado de la nacionalidad debe dar su visto bueno, aun cuando el crimen no se haya cometido en ese Estado y la persona no se encuentre en su territorio, parece indicar, como bien podría ser el caso, que la comunidad internacional no está preparada todavía para establecer un tribunal penal internacional.

35. Otra cuestión es la relación entre el Consejo de Seguridad y la jurisdicción penal internacional. A este respecto, no puede dejar de contestar a las críticas expresadas sobre la reciente decisión y el razonamiento de la CIJ en los asuntos de Libia⁶. En el sistema de las Naciones Unidas la revisión judicial no existe. La CIJ no tenía otra posibilidad que remitirse a la decisión del Consejo de Seguridad. El hecho de que en los casos de que se trata no tuviera ninguna razón para no hacerlo, no es pertinente.

36. El Sr. Rosenstock está de acuerdo con el Sr. Bowett (2258.ª sesión) en que si el Consejo de Seguridad determina la existencia de una agresión, esa decisión es obligatoria para el tribunal sin perjuicio, evidentemente, de que la determinación de la responsabilidad individual sea una cuestión separada. Una hipótesis más difícil es la de que, por 8 votos contra 7, el Consejo de Seguridad decida no adoptar una resolución sobre la existencia de un acto de agresión. En estas circunstancias, ¿puede el tribunal determinar libremente que existe agresión y es aceptable que tenga esa facultad? ¿Qué ocurriría si el Consejo de Seguridad adoptase esa resolución por 14 votos contra uno, el que fuera de un miembro permanente? También en ese caso el Consejo de Seguridad habría determinado que el acto de agresión no existe. ¿Es razonable suponer que en el marco del mismo sistema el tribunal pueda llegar a una conclusión diferente? ¿En qué medida es tolerable que dos órganos de un sistema lleguen a conclusiones diferentes? El desconocimiento de la opinión del Consejo de Seguridad sobre cuestiones como la agresión entrañaría un grave peligro para la estabilidad del sistema internacional en su conjunto.

37. El Sr. VERESHCHETIN, refiriéndose a la observación del Sr. Razafindralambo, dice que hasta ahora se han distribuido sólo dos actas en inglés y una en ruso. En estas circunstancias, es de temer que toda interrogante acerca de las proposiciones orales presentadas en el presente período de sesiones deba aplazarse hasta el siguiente. ¿Cuál es el método que debe adoptar la Comisión? Si de lo que se trata es sencillamente de escuchar una tras otra las opiniones de los miembros sin que se

hagan preguntas, se reciban aclaraciones o se trate de llegar a un acuerdo, el sistema actual es adecuado. Sin embargo, se pregunta si ésa no es la razón, al menos en parte, de la lentitud con que se avanza en ciertos temas importantes. Con todo el debido respeto al Sr. Razafindralambo, no le parece que pueda seguir su consejo.

38. En lo que respecta al derecho aplicable, considera preferible la variante B y no tiene inconveniente en que ese texto siga fielmente al del artículo 38 del estatuto de la CIJ. Existe consenso en cuanto a que las decisiones de un futuro tribunal deben basarse principalmente en el derecho internacional y el artículo 38 enuncia las principales fuentes de ese derecho. Por consiguiente, al menos en principio, el enfoque del Relator Especial sería adecuado. Es de celebrar que el apartado *a* de la variante B se refiera a los «crímenes de derecho internacional» y no a los «crímenes de derecho penal internacional». En su país, al igual que en el del Sr. Shi, no se considera que el derecho penal internacional sea una disciplina actual del derecho internacional.

39. Los apartados *b* y *c*, en su forma oralmente enmendada por el Relator Especial, no suscitan ninguna dificultad. Puede aceptar, asimismo, los apartados *d* y *e*, habida cuenta de la referencia condicional hecha en el apartado *d* a su carácter de «medio auxiliar» y del empleo en el apartado *e* de la expresión «cuando sea procedente»; de más está decir que al aplicar el derecho interno, lo que sin duda deberá hacer en materia de penas el tribunal, deberá basarse en el derecho internacional.

40. En lo que respecta a la competencia del tribunal *ratione materiae*, sigue opinando que el proyecto de código y el futuro tribunal están vinculados entre sí. Una vez que el código entre en vigor, el tribunal se ocupará principalmente de los crímenes definidos en ese texto. Lamentablemente, en su forma actual, el proyecto de código no hace una clara diferenciación entre los crímenes internacionales y los crímenes de carácter internacional. A este respecto, se pregunta si en lugar de un solo proyecto de disposición en la materia, la Comisión tal vez pueda elaborar dos: el primero se referiría a la competencia del tribunal en las etapas iniciales de su establecimiento, antes de que se adopte un código, y el segundo se referiría al código una vez aprobado como texto de derecho internacional. Con arreglo al primer proyecto de disposición, de carácter más modesto, la competencia del tribunal se limitaría a los crímenes reconocidos como tales en virtud de convenios internacionales en vigor; el tribunal sería una garantía adicional de que esos crímenes no quedaran sin castigo. Con arreglo al segundo proyecto, el tribunal tendría competencia obligatoria respecto de los crímenes definidos en el código. Esa solución, si bien difiere ligeramente de la que había propuesto con anterioridad (2255.ª sesión), le parece apropiada a la luz de los comentarios hechos por otros miembros en el curso del debate.

41. Como una sugerencia de carácter más general, tal vez sea útil que se elabore un documento señalando las cuestiones en las que los miembros tengan posiciones análogas o al menos razonablemente semejantes. Por ejemplo, todos parecen estar de acuerdo en que la competencia del tribunal *ratione personae* debe limitarse a los individuos. Muchos miembros preferirían que su

⁶ Véase 2255.ª sesión, nota 8.

competencia *ratione materiae* se limitara, al menos en un comienzo, a los crímenes de carácter internacional reconocidos ya como tales en virtud de convenios internacionales en vigor y, al parecer, muchos miembros consideran útil que se incluya una lista de los convenios pertinentes. También parece existir un cierto grado de acuerdo en cuanto a que si bien indudablemente el código y el tribunal están vinculados, en la presente etapa ambas cuestiones se podrían examinar de manera paralela y hasta cierto punto separada. Algunos miembros opinan que la competencia del tribunal *ratione materiae* podría ampliarse en una etapa ulterior, siempre y cuando los Estados así lo deseen y se haya aprobado el código. Aunque no pretende que en la Comisión haya unanimidad sobre todas o casi todas estas cuestiones, a su juicio, en el presente período de sesiones se debería hacer un esfuerzo por elaborar la lista de los puntos de acuerdo en colaboración quizás con el grupo de trabajo establecido para ayudar al Relator Especial. A este respecto, se pregunta si al final del período de sesiones se pueden destinar uno o dos días a un examen ulterior del tema. Además de otras cosas, esa lista facilitaría la preparación del informe del Relator de la Comisión sobre la labor realizada en el período de sesiones.

42. Por último, se debería pedir a la Secretaría que en el período de sesiones siguiente suministre a la Comisión un cuadro comparativo de las proposiciones ya formuladas en relación con ciertos aspectos de un tribunal penal internacional, como el derecho aplicable, la competencia del tribunal *ratione materiae*, las penas y otras cuestiones. Sería muy útil que los miembros de la Comisión conocieran las opiniones expresadas en estas materias por quienes los han precedido, con inclusión de la Comisión de Jurisdicción Penal Internacional de las Naciones Unidas, de 1953, y de diversas organizaciones gubernamentales y no gubernamentales así como de algunos autores.

43. El PRESIDENTE asegura al Sr. Vereshchetin que al formular preguntas actúa totalmente conforme al reglamento y la práctica de la Comisión. Por su parte, no está de acuerdo con las observaciones del Sr. Razafindralambo, pues es útil que se pidan aclaraciones si la intervención de un orador plantea ciertos interrogantes.

44. En lo que respecta al calendario, si la Comisión no ha concluido el examen de los temas, podrá examinar el informe. En todo caso, la Comisión deberá examinar el informe del grupo de trabajo que ayuda al Relator Especial. A su juicio, al menos dos semanas más de junio o julio se deberían asignar al examen de la cuestión de un tribunal penal internacional. Dado que todavía hay muchas incertidumbres, no se ha podido preparar el calendario exacto de todo el período de sesiones. En cuanto a la segunda sugerencia, la secretaría podría proporcionar el texto de las proposiciones formuladas por órganos intergubernamentales y grupos privados, y el grupo de trabajo tendría ante sí las más importantes.

45. El Sr. CRAWFORD dice que se debe asignar prioridad a la cuestión de una jurisdicción penal internacional, que ha dado lugar al debate, y al tema de la responsabilidad de los Estados, aun cuando ello signifique que el tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el de-

recho internacional no se examine en absoluto en el presente período de sesiones.

46. El Sr. YAMADA, refiriéndose al derecho que ha de aplicar un tribunal penal internacional, dice que si bien no hay diferencias sustantivas entre las variantes A y B del posible proyecto de disposición, le parece preferible la variante B por ser de carácter más específico. Sin embargo, le preocupa la amplitud de las fuentes del derecho penal aplicable en el caso de que se aprueben todas las categorías mencionadas en la variante B. La idea del Relator Especial es que el tribunal no se ocupe sólo de la represión penal, sino también de la reparación de los perjuicios causados a la víctima de un acto criminal y, por esa razón, tal vez ha ampliado las fuentes del derecho aplicable. Por su parte, se referirá a la cuestión de la reparación en el momento oportuno del debate, pero si la Comisión admite esta doble función del tribunal, se deberían aplicar dos tipos de normas diferentes.

47. Evidentemente, la observancia de la norma *nulla poena sine lege* es necesaria. El artículo 38 del estatuto de la CIJ no puede considerarse un precedente: el ámbito de las fuentes del derecho aplicable debe ser más restringido. En su opinión, el derecho aplicable para la represión de estos crímenes se encuentra en los convenios internacionales mencionados en el apartado a de la variante B. Los demás apartados señalan sólo algunos medios auxiliares para la interpretación y determinación del derecho penal internacional existente.

48. Una garantía de juicio equitativo es la clara definición de las normas de procedimiento penal. Pero, como a este respecto el derecho internacional es insuficiente, las normas de procedimiento deberían incluirse en el estatuto del tribunal.

49. El establecimiento de la competencia exclusiva y obligatoria respecto de los crímenes internacionales más graves es, en definitiva, la meta de la comunidad internacional, pero, por su parte, duda de que ello sea aceptable para la mayoría de los Estados. Estos podrán aceptarla quizás respecto de crímenes como el genocidio y el *apartheid*, y algunos Estados débiles quizás respecto del tráfico internacional ilícito de estupefacientes. Sin embargo, en un gran número de Estados la represión de este crimen mediante mecanismos nacionales es ahora eficaz. En su país, la mayoría de los procesos por tráfico de estupefacientes guardan relación con el tráfico internacional. En la esfera de la asistencia judicial, el Japón tiene excelentes acuerdos con varios países de Asia y con el Canadá y los Estados Unidos de América. China, Indonesia, Singapur, Malasia y, en particular, Tailandia aplican severas penas en los casos de delitos relacionados con estupefacientes y están logrando éxito en su lucha contra el tráfico. El Japón desearía mantener su competencia nacional y le sería difícil reconocer la competencia exclusiva y obligatoria del tribunal internacional dado que podría poner en peligro el ordenamiento jurídico actual. En su opinión, un sistema de jurisdicción facultativa y de consentimiento específico de los Estados sería lo más práctico.

50. El Sr. KOROMA, refiriéndose a una observación del Sr. Yankov, se pregunta por qué ha hecho una remisión al derecho consuetudinario en la definición de los crímenes. Por su parte, el Sr. Vereshchetin ha señalado

que el proyecto de código no hace ninguna diferencia entre crimen internacional y crimen de carácter internacional, pero ¿qué interés tendría hacer esa diferenciación? Según entiende, el Sr. Vereshchetin está en favor de una competencia obligatoria respecto de los crímenes de carácter internacional.

51. El Sr. VERESHCHETIN dice que se deben diferenciar dos categorías de crímenes. La primera es la de los crímenes internacionales, especialmente los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, en los que siempre está involucrada la responsabilidad de los Estados. La segunda es la de los crímenes que contienen elementos internacionales —a los que llama crímenes de carácter internacional— que normalmente no están vinculados a la acción política de los Estados. En esta categoría incluye a todos los crímenes que se definen en convenios específicos en vigor, por ejemplo, el tráfico de estupefacientes, la captura de aeronaves o el terrorismo internacional. Si la Comisión deseara hacer una diferenciación entre la competencia respecto de los crímenes internacionales y la competencia respecto de los crímenes de carácter internacional, tropezaría con el problema de que el código todavía no se ha aprobado. Por consiguiente, la Comisión no debe esperar a que se solucionen los problemas relacionados con el código, sino que debe examinar la cuestión de la competencia respecto de los crímenes de carácter internacional tal como se definen en los convenios internacionales en vigor. Así, el tribunal tendría competencia obligatoria respecto de los crímenes internacionales y competencia facultativa respecto de los crímenes de carácter internacional. De ese modo se complementarían los procedimientos de enjuiciamiento existentes en determinados convenios vigentes. Lo importante es que en ningún caso los crímenes queden sin castigo.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

2260.ª SESIÓN

Jueves 14 de mayo de 1992, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Christian TOMUSCHAT

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Idris, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Razafindralambo, Sr. Robinson, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Szekely, Sr. Thiam, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yamada, Sr. Yankov.

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad¹ (continuación) (A/CN.4/442², A/CN.4/L.469, secc. C, A/CN.4/L.471, A/CN.4/L.475 y Rev.1)

[Tema 3 del programa]

DÉCIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

POSIBLE ESTABLECIMIENTO DE UNA JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL (continuación)

1. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que las cuestiones del derecho aplicable y de la competencia *ratione materiae* del tribunal, con las que se inicia la segunda parte del informe en examen (A/CN.4/442), están íntimamente ligadas con la función jurisdiccional del mecanismo de aplicación del código, aun cuando ese mecanismo pueda tener que aplicar también otras convenciones, presentes o futuras.

2. La idea de realizar la paz por el derecho en las relaciones internacionales, tan presente en las mentes durante el período de entreguerras, se haría así realidad, expresando la supremacía de la jurisdicción que ha de crearse por medio de la imposibilidad de recurrir contra sus decisiones. Por tanto, esas decisiones serían actos de enorme importancia, que no podrían emanar de un mecanismo cualquiera. Decidir, en base al derecho, del destino de quienquiera que haya transgredido en forma manifiesta la moral y el derecho internacional es una obra de salubridad pública, pero cuya realización dependerá de la calidad de los medios utilizados, y de ahí la necesidad de definir rigurosamente la materia del mal que ha de conjurarse y las reglas que han de aplicarse para conseguirlo.

3. En su décimo informe, el Relator Especial propone dos variantes de un posible proyecto de disposición sobre el derecho aplicable³, la primera basada en una visión sintética y la segunda dotada de una estructura más descriptiva. El Sr. Pambou-Tchivounda no se detendrá en estos textos, que ya han sido objeto de múltiples intervenciones. Por otra parte, a su juicio, se trata menos de elegir entre una de las dos variantes que de formar con ellas una sola disposición, cuya introducción estaría constituida por la variante A, en tanto que la variante B, que pone al código como fuente primaria de las normas aplicables, aportaría los elementos constitutivos. El texto diría lo siguiente: «La corte (o el tribunal) aplicará el derecho internacional penal resultante del código de crímenes, las convenciones, la costumbre, los principios generales, las decisiones judiciales y la doctrina y, cuando corresponda, del derecho interno».

4. La lista de las fuentes de derecho aplicable ha sido ampliamente criticada tanto respecto del principio en que se basa como respecto de su contenido, y acertadamente se han indicado las lagunas de ese texto, en el que no

¹ Para el texto de los artículos aprobados provisionalmente por la Comisión en primera lectura, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), cap. IV, secc. D.

² Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

³ Para el texto, véase 2254.ª sesión, párr. 3.