

también al Comité de Redacción el proyecto de artículo 10 (No discriminación) ya previsto en los párrafos 29 y 30 del sexto informe²², y que la Comisión aprobó sin muchas observaciones.

58. El Sr. KOROMA felicita al Relator Especial por la claridad de su exposición, pero dice que se siente decepcionado de que la Comisión, al decidir ocuparse solamente de las medidas de prevención relativas a las actividades de riesgo, dé un paso atrás, siendo así que en el séptimo informe²³ y al final de los debates de 1989 se decidió, a su modo de ver, que continuaría interesándose por las actividades de efectos nocivos. Esto le conduce a plantear tres cuestiones. En primer lugar, ¿en qué momento se convierten las actividades de riesgo en perjudiciales o ilícitas? En segundo término, ¿qué lugar ocuparán en el proyecto los artículos sobre los efectos nocivos si, como ha dicho el Relator Especial, los artículos propuestos deben bastar para la elaboración de una convención general? En tercer lugar, el Sr. Koroma desearía saber si el Relator Especial prevé un sistema de solución de controversias distinto para las actividades de efectos nocivos. Por su parte, no comprende muy bien cómo el Relator Especial se propone articular las actividades de riesgo y las actividades de efectos nocivos. Por ejemplo, ¿cómo aplicar a las actividades de riesgo el principio del equilibrio de intereses que rige la reparación si esas actividades están desprovistas de efectos nocivos? Finalmente, a propósito más en particular de la sección B de la introducción del noveno informe, donde se dice que «el Estado no tendrá en principio responsabilidad por actividades privadas sobre las cuales ejerció sus obligaciones de control», el Sr. Koroma considera que ello es contrario a los principios generales del derecho internacional y al desarrollo progresivo de ese derecho.

59. El Sr. BARBOZA (Relator Especial) conviene en que la vía adoptada en el noveno informe supone un cierto retroceso, pero precisa que, si la Comisión ha decidido no examinar en un primer momento más que las actividades de riesgo, se trata no obstante de actividades que pueden provocar daños. En consecuencia, si la Comisión concibe primero un régimen de prevención de los daños transfronterizos habrá de abordar después el problema de la responsabilidad y de los mecanismos que permiten hacer entrar en juego esta responsabilidad cuando se producen daños. En otras palabras, se trata de instituir un régimen de prevención y de responsabilidad que entraña una obligación de reparación.

60. Por lo que respecta a la sección B de la introducción del informe, es cierto que si el Estado respeta su obligación de prevención, adoptando la legislación necesaria y vigilando su aplicación a fin de evitar que los accidentes producidos en el marco de la actividad de los operadores privados no ocasionen daños transfronterizos, no tendrá en principio ninguna obligación. No es menos cierto que el Estado podría asumir en ciertos casos una responsabilidad subsidiaria, por ejemplo, si el operador o su seguro no logran reunir los fondos necesarios para reparar el daño causado, como se prevé en ciertas convenciones en la esfera nuclear.

61. El Sr. PELLET no cree que la Comisión haya dado un paso atrás al decidir interesarse por la prevención. En efecto, del debate del año anterior se deducía que el ángulo de ataque más sólido para el examen del tema era la prevención. El Relator Especial ha procedido en su noveno informe a una sistematización de los antiguos textos cuyo resultado es coherente. Sea en sesión plenaria o en el seno del Comité de Redacción, la Comisión debe atenerse al procedimiento adoptado si no quiere hacer incomprensible de nuevo el tema.

62. El Sr. VERESHCHETIN aprueba las observaciones del Sr. Pellet, da las gracias al Relator Especial por la calidad y la claridad de su informe y recuerda que, si la Comisión decidió el año anterior dividir el tema en varias partes por razón de su dificultad, ello no significa que cada uno de estos aspectos haya de examinarse por separado. Insistir esta vez en las medidas de prevención relativas a las actividades de riesgo no excluye el examen de las medidas de prevención relativas a las actividades que pueden ser perjudiciales de facto, ni el examen de la responsabilidad financiera. Pero la Comisión debe atenerse, en una primera etapa, a la prevención y decidir llegado el momento proseguir el debate en sesión plenaria o remitir una gran parte de los artículos al Comité de Redacción.

63. El Sr. THIAM estima que si el tema no debe limitarse a la prevención hay que decir cuáles serán las etapas siguientes, pues es indispensable disponer de un plan global.

64. El Sr. BARBOZA (Relator Especial) insiste en la necesidad de seguir el orden de los trabajos indicado en el informe. Por lo que respecta a los diez primeros artículos ya remitidos al Comité de Redacción, éste deberá examinarlos de nuevo rápidamente habida cuenta de la decisión de la Comisión de atenerse a las medidas de prevención relativas a las actividades de riesgo, limitándose a sugerir en su caso ciertas supresiones o modificaciones. Pero el Comité de Redacción deberá centrar sus trabajos en la redacción de los artículos relativos a la prevención. La Comisión debe de todas maneras evitar reabrir el debate y limitarse por el momento a la prevención, reservándose la posibilidad de abordar posteriormente la responsabilidad, aunque sólo sea por respetar el título del tema.

Se levanta la sesión a las 13.10 horas.

2301.ª SESIÓN

Viernes 28 de mayo de 1993, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Julio BARBOZA

Miembros presentes: Sr. Al-Baharna, Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney,

²² Véase nota 17 *supra*.

²³ *Ibid.*

Sr. Idris, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yankov.

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad¹ (continuación)
(A/CN.4/446, secc. B, A/CN.4/448 y Add.1², A/CN.4/449³, A/CN.4/452 y Add.1 a 3⁴, A/CN.4/L.488 y Add.1 a 4, A/CN.4/L.490 y Add.1)

[Tema 3 del programa]

UNDÉCIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL
(continuación)

1. El Sr. THIAM (Relator Especial) da las gracias a los miembros de la Comisión por el interesante e instructivo debate que ha resultado muy provechoso. En su resumen desea centrarse en tres puntos principales: relación entre el tribunal y las Naciones Unidas; competencia y derecho aplicable; y funcionamiento del tribunal.

2. Hay acuerdo general en la necesidad de establecer un vínculo entre el tribunal y las Naciones Unidas. En realidad es difícil concebir que un tribunal pueda funcionar al margen de la Organización. El tribunal necesitará el apoyo logístico de las Naciones Unidas para su funcionamiento administrativo, por ejemplo para elegir los magistrados y para asuntos financieros. Sin embargo, independientemente de estas cuestiones materiales, el hecho es que el tribunal tendrá competencia en asuntos de interés directo para las Naciones Unidas, como los crímenes de guerra y los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. ¿Cómo podría el tribunal decidir sobre estas cuestiones sin tener en cuenta la Carta de las Naciones Unidas o el Consejo de Seguridad? Así pues, aunque el Grupo de Trabajo tal vez desee modificar el texto del artículo 2 del proyecto de estatuto, se ha de mantener algún vínculo entre el tribunal y las Naciones Unidas.

3. Su propuesta inicial en un informe anterior fue que el derecho aplicable no se limitara a los acuerdos o convenciones sino que incluyera también los principios generales del derecho, la costumbre e incluso, en algunos casos, el derecho interno. Sin embargo, el Grupo de Trabajo ha llegado a la conclusión de que debe limitarse a los acuerdos y convenciones. El orador no está de acuerdo con ello: en una esfera como ésta, en la que se experimenta una constante evolución, la Comisión no debe apoyar una codificación rígida. Algunas cuestiones no están maduras y será necesario recurrir al derecho interno. Por ejemplo, todavía no se ha encontrado una formu-

lación apropiada para las penas, que varían considerablemente según el Estado y la filosofía de que se trate. También las consideraciones morales tienen una gran influencia a la hora de determinar cuáles deben ser las penas. Si el tribunal ha de imponer penas y ha de respetar el principio *nulla poena sine lege* tendrá que remitirse al derecho interno de un Estado cuando compruebe que se enfrenta con un vacío legal. El orador ha propuesto el derecho del Estado en cuyo territorio se haya cometido la infracción o del Estado del que el acusado sea nacional. No tiene preferencia por uno u otro, pero no cree que el derecho interno se deba excluir sistemáticamente. En anteriores propuestas relativas a un proyecto de estatuto se ha previsto en efecto que el tribunal aplique el derecho interno de un Estado en determinados casos. Es satisfactorio observar que el Grupo de Trabajo ha estado reconsiderando su posición sobre este tema pues el día anterior en los proyectos de artículos propuestos en el Grupo de Trabajo se repetía la formulación que él mismo sugirió dos años antes⁵.

4. Por lo que respecta a la competencia del tribunal han surgido también diferencias de opinión en la Comisión y en el Grupo de Trabajo. En un principio el orador propuso que la competencia del tribunal no dependiera de la aceptación por parte de determinados Estados. Posteriormente, tratando de obviar las objeciones planteadas por un miembro de la Comisión, modificó su propuesta para subordinar la competencia a la aceptación por determinados Estados interesados. Esa propuesta fue criticada a su vez por otros miembros, quienes afirmaron que, por el contrario, no cabía admitir que la competencia dependiera del asentimiento del Estado del que el acusado fuese nacional. En realidad esa posibilidad se previó en el proyecto de estatuto de 1953 para un tribunal penal internacional⁶. A juicio del orador, no se puede crear un tribunal sin tomar en consideración la existencia y la competencia de los Estados. Se ha de hallar alguna forma de transacción porque el tribunal debe funcionar con el asentimiento de los Estados; de no ser así, quedaría paralizado desde el principio. Quizás la competencia pueda depender de la aceptación por el Estado en cuyo territorio sea hallado el acusado, pues si el tribunal ha de tratar de juzgar al acusado sin esa aceptación estaría constantemente juzgando en rebeldía, supuesto que no puede decirse que sea la mejor solución. Evidentemente, se han de superar todavía varias divergencias de opinión.

5. En lo que respecta a la organización del tribunal, el Grupo de Trabajo ha vacilado en cuanto al procedimiento para el nombramiento de los magistrados, elección o designación. A juicio del orador, no existe una gran diferencia. Los jueces designados son tan independientes como los elegidos, siempre que se les otorguen ciertas garantías, por ejemplo, que no puedan ser separados del cargo o que no puedan ser sancionados por las decisiones que adopten. Es práctica común en muchos Estados que el Ejecutivo designe a los magistrados y sin embargo esos mismos magistrados, actuando independientemente,

¹ Para el texto de los proyectos de artículos aprobados provisionalmente en primera lectura, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 101 y ss.

² Reproducido en *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte).

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

⁵ Véase *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/435 y Add.1, cap. II.

⁶ Véase *Informe de la Comisión de Jurisdicción Penal Internacional (1953), 27 de julio-20 de agosto de 1953* [Documentos Oficiales de la Asamblea General, noveno período de sesiones, Suplemento N.º 12 (A/2645)], anexo.

pueden dictar requerimientos contra los mismos ministros que los han designado e incluso incoar procesos contra ellos. En el caso de los tribunales constitucionales, los jueces designados pueden anular leyes si esas leyes son inconstitucionales. Así pues, mientras se les garantice la independencia, es indiferente que los magistrados sean elegidos o designados. Los miembros de la Comisión no deben confundir el procedimiento para nombrar árbitros de conformidad con el Estatuto del Tribunal Permanente de Arbitraje con la designación de magistrados por un tribunal penal internacional. En el caso del Tribunal Permanente de Arbitraje las partes en conflicto eligen árbitros de una lista preexistente, mientras que en el caso de que se trata los Estados partes en una controversia no eligen los magistrados que han de conocer del asunto. Se han puesto objeciones al uso del término «Asamblea General de Magistrados» (art. 13) aduciendo que podría confundirse con la Asamblea General de las Naciones Unidas. El orador desea señalar que el término «Asamblea General» es de uso común y las Naciones Unidas no tienen el monopolio del mismo.

6. En lo que respecta al procedimiento de instrucción (art. 26), el orador no prefiere el sistema francés y propone en cambio que la instrucción corra a cargo del propio tribunal en la audiencia. Este procedimiento se asemeja más al sistema británico. Si un caso es excesivamente complejo, el tribunal podría nombrar un comité especial de entre sus miembros para llevar a cabo la instrucción. Algunos miembros de la Comisión han mostrado su desacuerdo afirmando que debe establecerse un órgano de instrucción. El orador no se opone, pero ese órgano no contribuiría a lograr la estructura reducida, flexible pedida por el Grupo de Trabajo. El sistema del magistrado instructor es insatisfactorio porque tiene demasiado poder para tomar decisiones arbitrarias acerca de la libertad de una persona; ese magistrado a veces puede incluso hacer detener a una persona antes de haber conocido del asunto o haberla interrogado. Para que en la instrucción se respeten los derechos humanos, las facultades del magistrado instructor se han de limitar en toda la medida de lo posible y hay que buscar otra solución que evite que el magistrado adopte su decisión con arreglo a su capricho, en lugar de actuar de conformidad con la ley. Por consiguiente, esas investigaciones se han de efectuar no a puerta cerrada, sino en una audiencia pública. Si en la audiencia pública del tribunal pleno no se avanza, el tribunal puede nombrar un comité de investigación de entre sus miembros que podrá informar después al tribunal sobre el asunto.

7. En la versión A del artículo 25 el orador ha propuesto que se encargue de llevar adelante la acusación el Estado querellante y no un Fiscal General. Incluso en los tribunales en que un Fiscal General se encarga de la acusación, el querellante toma parte en el procedimiento, haciendo alegaciones y presentando pruebas en apoyo de las alegaciones formuladas. En muchos casos el Fiscal General simplemente repite los argumentos del querellante. La única diferencia es que el Fiscal General puede pedir penas porque representa al ministerio público, mientras que el querellante simplemente puede pedir compensación. Por consiguiente, ha propuesto la versión A porque es más simple. Por lo que respecta al artículo 35, relativo a los recursos, la revisión fue generalmen-

te aceptada, aunque ningún miembro de la Comisión se ha opuesto categóricamente a la apelación.

8. Con respecto a las penas, la cuestión se ha examinado en forma apropiada en relación con el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y no con el proyecto de estatuto. Se han hecho varias propuestas, pero todavía no se ha adoptado ninguna. Si el tribunal se ha de crear sin que se prevea una escala de penas, resultará necesario remitirse a un derecho interno. Es concebible que un Estado pueda fijar la aplicación de su propia legislación interna en cuanto a la pena aplicable como condición para aceptar la competencia del tribunal.

9. Finalmente, desea expresar la esperanza de que ha abordado las cuestiones esenciales planteadas en relación con la competencia y la organización de un tribunal penal internacional.

10. El Sr. BENNOUNA da las gracias al Relator Especial por las aclaraciones que ha dado y dice que ha sido muy modesto acerca de los progresos que se han realizado.

11. Una cuestión que no ha tocado el Relator Especial en sus observaciones es la de los medios por los cuales el tribunal penal internacional pasaría a ser un órgano judicial de las Naciones Unidas. En el comentario al artículo 2 se hace referencia a la resolución 808 (1993) de 22 de febrero de 1993 del Consejo de Seguridad por la que se establece un tribunal internacional para el enjuiciamiento de personas responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en la antigua Yugoslavia desde 1991. Sin embargo, la Comisión ha rechazado la idea de crear el tribunal penal internacional sobre la base de una resolución de un órgano de las Naciones Unidas. Por tanto, el establecimiento del tribunal internacional no puede mencionarse como precedente.

12. La Comisión ha determinado que la mejor manera de establecer el tribunal penal internacional es un tratado internacional. En el comentario prácticamente no se toca este punto y habría sido útil estudiar los medios de lograr ese objetivo. La CII, por ejemplo, está prevista en la Carta de las Naciones Unidas. Se podría afirmar que si el tribunal penal internacional ha de ser un órgano judicial de las Naciones Unidas también debería estar mencionada en la Carta, pero para ello habría que modificarla.

13. Un planteamiento imaginativo del problema podría ser estudiar las consecuencias de que el tribunal penal internacional no se creara como un órgano de las Naciones Unidas *per se*. Podría utilizarse el ejemplo de los organismos especializados: al igual que ellos, el tribunal podría tener relaciones paralelas pero de cooperación con las Naciones Unidas sobre la base de un tratado o acuerdo. Se habría de establecer ese tipo de relación aunque sólo fuera para asuntos administrativos y financieros —la designación de los magistrados, por ejemplo—, pues en virtud del proyecto tal como está redactado actualmente ese asunto sería competencia de las Naciones Unidas.

14. El Sr. VILLAGRÁN KRAMER dice que las observaciones del Sr. Bennouna le han movido también a él a

presentar una serie de consideraciones que podrían ser provechosas.

15. Tiene profundos recelos acerca de la posibilidad de basar las actuaciones del futuro tribunal en un mecanismo especial como el creado por el Consejo de Seguridad para la antigua Yugoslavia. De no existir una interrelación entre un tribunal penal internacional y las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad podría comenzar a crear tribunales especiales siempre que estimase que ello era necesario. Las garantías que ofrecen estructuras más centralizadas están bien establecidas en los conceptos contemporáneos del derecho internacional. La descentralización conduce en definitiva a una simplificación excesiva en derecho internacional mientras que las ventajas de la centralización son una mayor flexibilidad en la preparación y aplicación de normas en el plano internacional.

16. El orador no puede estar de acuerdo en que si una cosa no está prevista en la Carta no se puede hacer. En vísperas del siglo XXI los legisladores no pueden considerarse vinculados por las concepciones del derecho que predominaron hace 50 años. Deben explorar nuevos medios para determinar la competencia específica de los órganos judiciales. Ya no puede utilizarse una interpretación restrictiva de esta competencia; debe decidirse más bien si la competencia inherente puede aplicarse con utilidad en un caso determinado. La opinión pública mundial parece tener mayor fe en las relaciones flexibles dentro de las Naciones Unidas y en un acuerdo asociativo entre la Organización y los tribunales nacionales.

17. El Sr. THIAM (Relator Especial) dice que apoya las ideas expuestas por el Sr. Villagrán Kramer acerca de la relación entre el tribunal y las Naciones Unidas, que no deben operar independientemente; más bien deben estar asociados en una forma que sea productiva para la comunidad internacional en su conjunto. Todavía no ha llegado a una posición definitiva sobre la forma que puede tomar esa cooperación: este sería un tema de evaluación colectiva por los miembros de la Comisión.

18. Sin embargo, está claro que si las Naciones Unidas verdaderamente desean disponer de un tribunal penal internacional habrán de adoptar las reformas necesarias para que el tribunal pueda funcionar sin infringir la Carta. El establecimiento de tribunales especiales por el Consejo de Seguridad no siempre es ventajoso y los miembros de la Comisión han indicado que no desean que el tribunal penal internacional sea totalmente dependiente del Consejo. El problema reside en hallar la forma de lograr una estrecha cooperación entre el tribunal y las Naciones Unidas sin establecer una relación de subordinación. Personalmente, no ve problema alguno en que el tribunal penal internacional sea un órgano de las Naciones Unidas. La CIJ es el órgano judicial principal del sistema de las Naciones Unidas, pero no el único.

19. Algunos miembros de la Comisión desean que el tribunal se cree mediante una resolución, mientras que otros prefieren un tratado. El orador piensa que pueden seguirse ambas vías. La Asamblea General podría adoptar una resolución y sobre esa base se podría elaborar un estatuto, firmando después los Estados Miembros un tra-

tado para darle efecto. En todo caso, ahora se debe dar prioridad a la elaboración del estatuto del tribunal.

20. El Sr. ARANGIO-RUIZ dice que acoge con satisfacción las opiniones expresadas por el Sr. Bennouna y el Sr. Villagrán Kramer acerca del establecimiento del tribunal penal internacional sobre la base de un tratado, algo que es absolutamente fundamental.

21. En el comentario al artículo 2 se hace referencia al tribunal internacional para la antigua Yugoslavia, pero en su opinión no puede establecerse ningún tribunal de justicia penal como órgano auxiliar de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad, ni se puede crear tal tribunal mediante una resolución de uno de esos órganos, pues la Carta de las Naciones Unidas no les faculta para tomar esas medidas. Pueden establecer, como sucedió en el caso del Tribunal Administrativo, un órgano administrativo pero no un tribunal penal internacional. Propone tratar este tema delicado en una etapa posterior del debate.

22. El PRESIDENTE anuncia que se suspenderá la sesión para que el Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional⁷ pueda continuar su labor.

Se levanta la sesión a las 11.00 horas.

⁷ La Comisión, en su 2300.ª sesión, el 25 de mayo de 1993, decidió que el Grupo de Trabajo sobre la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional se denominase en lo sucesivo «Grupo de Trabajo sobre un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional».

2302.ª SESIÓN

Martes 1.º de junio de 1993, a las 10.20 horas

Presidente: Sr. Gudmundur EIRIKSSON

Miembros presentes: Sr. Arangio-Ruiz, Sr. Barboza, Sr. Bennouna, Sr. Bowett, Sr. Calero Rodrigues, Sr. Crawford, Sr. de Saram, Sr. Fomba, Sr. Güney, Sr. Kabatsi, Sr. Koroma, Sr. Kusuma-Atmadja, Sr. Mahiou, Sr. Mikulka, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Razafindralambo, Sr. Rosenstock, Sr. Shi, Sr. Thiam, Sr. Tomuschat, Sr. Vereshchetin, Sr. Villagrán Kramer, Sr. Yankov.