

## DOCUMENTO A/47/10\*

### Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 44.º período de sesiones (4 de mayo-24 de julio de 1992)

#### ÍNDICE

	<i>Página</i>
Abreviaturas .....	3
Nota explicativa: pasajes en cursiva en las citas .....	3
Convenciones multilaterales citadas en el presente volumen .....	4
<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>
I. ORGANIZACIÓN DEL PERÍODO DE SESIONES .....	1-15 5
A. Composición de la Comisión .....	2 5
B. Mesa .....	3-4 5
C. Comité de Redacción .....	5 6
D. Grupos de trabajo creados por la Comisión .....	6-7 6
E. Secretaría .....	8 6
F. Programa .....	9-10 6
G. Descripción general de los trabajos de la Comisión en su 44.º período de sesiones .....	11-14 7
H. Cuestiones sobre las cuales la Comisión tiene especial interés en conocer las opiniones de los gobiernos para la continuación de sus trabajos .....	15 8
II. PROYECTO DE CÓDIGO DE CRÍMENES CONTRA LA PAZ Y LA SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD .....	16-104 9
A. Introducción .....	16-23 9
B. Examen del tema en el actual período de sesiones .....	24-104 10
1. Examen del décimo informe del Relator Especial .....	25-97 10
2. Grupo de Trabajo sobre la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional .....	98-103 18
3. Decisión de la Comisión .....	104 18
III. RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS .....	105-276 19
A. Introducción .....	105-111 19
B. Examen del tema en el actual período de sesiones .....	112-276 20
1. Observaciones sobre el tema en su conjunto .....	112-114 20
2. Los proyectos de artículos contenidos en el informe preliminar y el segundo informe del Relator Especial .....	115-116 20
3. Los informes tercero y cuarto del Relator Especial .....	117-120 21
a) Planteamiento general de la cuestión de las contramedidas .....	121-138 21
b) Elementos relativos a la inclusión de un régimen de contramedidas en el proyecto de artículos .....	139-250 24
i) Aspectos terminológicos y conceptuales de la noción de contramedidas .....	139-145 24
ii) Los diversos tipos de medidas que han de tomarse en consideración en el presente contexto .....	146-152 25
iii) Funciones de las contramedidas .....	153-156 26
iv) La distinción entre crímenes y delitos en el contexto de las contramedidas .....	157-159 26
v) La relación entre la reglamentación de las contramedidas y la tercera parte del proyecto sobre la solución de controversias .....	160-163 26
vi) Condiciones de la legalidad de las contramedidas .....	164-217 27
vii) Contramedidas prohibidas .....	218-250 34

\* Distribuido originalmente como *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento N.º 10.*

<i>Capítulo</i>	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
c) La cuestión de las contramedidas en el contexto de los artículos 2, 4 y 5 de la segunda parte aprobados en primera lectura en anteriores períodos de sesiones de la Comisión .....	251-276	39
i) La cuestión de los regímenes autónomos .....	251-259	39
ii) La relación entre el proyecto en preparación y la Carta de las Naciones Unidas ..	260-266	41
iii) La cuestión de los Estados lesionados de manera diferente .....	267-276	42
<b>IV. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR LAS CONSECUENCIAS PERJUDICIALES DE ACTOS NO PROHIBIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL .....</b>	<b>277-349</b>	<b>45</b>
A. Introducción .....	277-280	45
B. Examen del tema en el actual período de sesiones .....	281-349	46
1. El octavo informe del Relator Especial .....	281-340	46
a) Observaciones generales .....	285-291	46
b) La naturaleza del instrumento en preparación .....	292-294	47
c) Prevención .....	295-302	48
d) Observaciones sobre determinados artículos .....	303-333	49
i) Artículo I.—Medidas de prevención .....	303-307	49
ii) Artículo II.—Notificación e información .....	308-312	50
iii) Artículo III.—Seguridad nacional y secretos industriales .....	313-314	50
iv) Artículo IV.—Actividades de efectos nocivos: consulta previa .....	315-319	51
v) Artículo V.—Alternativas a una actividad de efectos nocivos .....	320-322	51
vi) Artículo VI.—Actividades de riesgo: la consulta para un régimen .....	323-324	52
vii) Artículo VII.—Iniciativa de los Estados afectados .....	325-327	52
viii) Artículo VIII.—Solución de controversias .....	328-329	52
ix) Artículo IX.—Factores del equilibrio de intereses .....	330-333	53
e) Nuevas definiciones propuestas para el artículo 2 (Términos empleados) .....	334-340	53
2. Decisiones de la Comisión .....	341-343	55
a) Alcance del tema .....	344-346	55
b) Planteamiento que ha de adoptarse con respecto a la naturaleza de los artículos o del instrumento que se elabore .....	347	55
c) Título del tema .....	338	55
d) Recomendación relativa al siguiente informe del Relator Especial .....	349	55
<b>V. OTRAS DECISIONES Y CONCLUSIONES DE LA COMISIÓN .....</b>	<b>350-392</b>	<b>56</b>
A. El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación .....	350-352	56
B. Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad .....	353-354	56
C. Relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales (segunda parte del tema) .....	355	56
D. Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación .....	356-377	56
1. Planificación de las actividades .....	359-367	57
a) El tema «Relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales (segunda parte del tema)» .....	359-362	57
b) Planificación de las actividades para el quinquenio .....	363-367	57
2. Programa de trabajo a largo plazo .....	368-370	58
3. Comité de Redacción .....	371-372	58
4. Informe de la Comisión a la Asamblea General .....	373	59
5. Contribución de la Comisión al Decenio del Derecho Internacional .....	374-375	59
6. Posibilidad de dividir el período de sesiones anual de la Comisión en dos partes .....	376	59
7. Duración del próximo período de sesiones .....	377	59
E. Cooperación con otros organismos .....	378-380	59
F. Fecha y lugar del 45.º período de sesiones .....	381	60
G. Representación en el 47.º período de sesiones de la Asamblea General .....	382	60
H. Seminario de derecho internacional .....	383-392	60
<b>ANEXO: INFORME DEL GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA CUESTIÓN DEL ESTABLECIMIENTO DE UNA JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL .....</b>	<b>1-165</b>	<b>62</b>
A. Resumen y recomendaciones .....	1-9	62
B. Texto completo del informe .....	10-165	63
1. Introducción .....	10-24	63
2. Argumentos de carácter general relativos a un tribunal penal internacional .....	25-43	66
a) Los argumentos a favor de un tribunal .....	27-32	66
b) Los argumentos en contra de un tribunal .....	33-36	67
c) Otras posibilidades .....	37-38	68
d) El planteamiento general del Grupo de Trabajo .....	39-43	68

	Párrafos	Página
3. Cuestiones de estructura y competencia .....	44	69
a) El método de creación del tribunal .....	45	69
b) La composición del tribunal .....	46-51	69
c) Las modalidades de aceptación de la jurisdicción del tribunal por los Estados .....	52-56	70
d) La competencia objetiva del tribunal .....	57-59	71
e) La competencia del tribunal respecto de las personas .....	60-67	71
f) Las relaciones entre el tribunal y el código de crímenes .....	68-74	73
g) Posibles disposiciones sobre la administración interna del tribunal .....	75-80	73
4. Un «mecanismo jurisdiccional penal de carácter internacional» distinto de un tribunal .....	81-95	74
5. El derecho aplicable, las penas y las garantías procesales .....	96-111	76
a) El derecho aplicable .....	97-99	76
i) La definición de los crímenes .....	100-102	77
ii) Las reglas generales de derecho penal .....	103-107	77
iii) Procedimiento aplicable .....	108	78
iv) Conclusión .....	109	78
b) Penas que podrán imponerse .....	110	78
c) Garantías procesales .....	111	78
6. Procesamiento y cuestiones conexas .....	112-113	78
a) El modo de inculpación formal .....	114-117	79
b) La incoación del proceso penal .....	118-125	79
c) El modo de hacer comparecer a los acusados ante el tribunal .....	126-135	80
d) La asistencia judicial internacional en relación con las actuaciones ante el tribunal .....	136-153	81
e) La ejecución de las sentencias .....	154-157	83
f) La relación entre un tribunal y el régimen de extradición vigente .....	158-165	84
Apéndice .....		85

ABREVIATURAS

CDI	Comisión de Derecho Internacional
CE	Comunidad Europea
CEPE	Comisión Económica para Europa
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CNUMAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
ILA	Asociación de Derecho Internacional
OACI	Organización de Aviación Civil Internacional
OEA	Organización de los Estados Americanos
OIEA	Organismo Internacional de Energía Atómica
ONUDI	Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial
UNITAR	Instituto de las Naciones Unidas para Formación Profesional e Investigaciones

\*

\* \* \*

*C.I.J. Recueil*  
*C.P.J.I. serie A*

*CIJ, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*  
*CPJI, Recueil des arrêts (N.ºs 1 a 24, hasta 1930 inclusive)*

NOTA EXPLICATIVA: PASAJES EN CURSIVA EN LAS CITAS

Cada vez que en el presente volumen figura un asterisco en el texto de una cita, se indica con ello que el pasaje en cursiva que precede inmediatamente al asterisco no está subrayado en el texto original.

Salvo indicación en contrario, las citas de obras en idiomas extranjeros son traducciones de la Secretaría.

## CONVENCIONES MULTILATERALES CITADAS EN EL PRESENTE VOLUMEN

	<i>Fuente</i>
<b>DERECHOS HUMANOS</b>	
Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 78, pág. 296.
Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950)	<i>Ibid.</i> , vol. 213, pág. 221. España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , N.º 243, 10 de octubre de 1979.
Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (Nueva York, 21 de diciembre de 1965)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 660, pág. 241.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	<i>Ibid.</i> , vol. 999, pág. 241.
Convención americana sobre derechos humanos (San José, 22 de noviembre de 1969)	<i>Ibid.</i> , vol. 1144, pág. 124.
Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de <i>apartheid</i> (Nueva York, 30 de noviembre de 1973)	<i>Ibid.</i> , vol. 1015, pág. 266.
<b>PRIVILEGIOS E INMUNIDADES. RELACIONES DIPLOMÁTICAS</b>	
Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961)	<i>Ibid.</i> , vol. 500, pág. 162.
Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal (Viena, 14 de marzo de 1975)	Naciones Unidas, <i>Anuario Jurídico, 1975</i> (N.º de venta: S.77.V.3), pág. 91.
<b>DERECHO DEL MAR</b>	
Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982)	<i>Documentos Oficiales de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar</i> , vol. XVII (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.84.V.3), pág. 155, documento A/CONF.62/122.
<b>DERECHO APLICABLE EN LOS CONFLICTOS ARMADOS</b>	
Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949)	Comité Internacional de la Cruz Roja, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , 12.ª ed., Ginebra, 1983, págs. 23 y ss.
y Protocolos adicionales I y II (Ginebra, 8 de junio de 1977)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1125, pág. 214.
<b>DERECHO DE LOS TRATADOS</b>	
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 115, pág. 443.
<b>AVIACIÓN CIVIL</b>	
Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Montreal, 23 de septiembre de 1971)	<i>Ibid.</i> , vol. 974, pág. 198.
<b>RESPONSABILIDAD</b>	
Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales (Londres, Moscú y Washington, 29 de marzo de 1972)	<i>Ibid.</i> , vol. 961, pág. 212.

## Capítulo I

### ORGANIZACIÓN DEL PERÍODO DE SESIONES

1. La Comisión de Derecho Internacional, creada en virtud de la resolución 174 (II) de la Asamblea General, de 21 de noviembre de 1947, celebró, de conformidad con lo dispuesto en su Estatuto, anexo a esa resolución y modificado posteriormente, su 44.º período de sesiones en su sede permanente, en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, del 4 de mayo al 24 de julio de 1992. En ausencia del Sr. Abdul G. Koroma, Presidente de la Comisión en su 43.º período de sesiones, el período de sesiones fue abierto por el Sr. Al-Baharna, Presidente interino.

#### A.—Composición de la Comisión

2. La Comisión está integrada por los siguientes miembros:

Sr. Husain AL-BAHARNA (Bahrein)  
Sr. Awn AL-KHASAWNEH (Jordania)  
Sr. Gaetano ARANGIO-RUIZ (Italia)  
Sr. Julio BARBOZA (Argentina)  
Sr. Mohamed BENNOUNA (Marruecos)  
Sr. Derek William BOWETT (Reino Unido)  
Sr. Carlos CALERO RODRIGUES (Brasil)  
Sr. James CRAWFORD (Australia)  
Sr. John de SARAM (Sri Lanka)  
Sr. Gudmundur EIRIKSSON (Islandia)  
Sr. Salifou FOMBA (Malí)  
Sr. Mehmet GÜNEY (Turquía)  
Sr. Kamil IDRIS (Sudán)  
Sr. Andreas J. JACOVIDES (Chipre)  
Sr. Peter KABATSI (Uganda)  
Sr. Abdul G. KOROMA (Sierra Leona)  
Sr. Mochtar KUSUMA-ATMADJA (Indonesia)  
Sr. Ahmed MAHIOU (Argelia)  
Sr. Vaclav MIKULKA (Checoslovaquia)  
Sr. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA (Gabón)  
Sr. Alain PELLET (Francia)  
Sr. Pemmaraju Sreenivasa RAO (India)  
Sr. Edilbert RAZAFINDRALAMBO (Madagascar)  
Sr. Patrick LIPTON ROBINSON (Jamaica)  
Sr. Robert ROSENSTOCK (Estados Unidos de América)  
Sr. Jiuyong SHI (China)  
Sr. Alberto SZEKELY (México)  
Sr. Doudou THIAM (Senegal)

Sr. Christian TOMUSCHAT (Alemania)  
Sr. Edmundo VARGAS CARREÑO (Chile)  
Sr. Vladlen VERESHCHETIN (Federación de Rusia)  
Sr. FRANCISCO VILLAGRÁN KRAMER (Guatemala)  
Sr. Chusei YAMADA (Japón)  
Sr. Alexander YANKOV (Bulgaria).

#### B.—Mesa

3. En su 2253.<sup>a</sup> sesión, el 4 de mayo de 1992, la Comisión eligió la siguiente Mesa:

*Presidente:* Sr. Christian Tomuschat  
*Primer Vicepresidente:* Sr. Carlos Calero Rodrigues  
*Segundo Vicepresidente:* Sr. Andreas J. Jacovides  
*Presidente del Comité de Redacción:* Sr. Alexander Yankov  
*Relator:* Sr. Edilbert Razafindralambo.

4. La Mesa Ampliada de la Comisión estuvo integrada por los miembros de la Mesa del presente período de sesiones, los miembros de la Comisión que habían desempeñado anteriormente el cargo de Presidente de la Comisión<sup>1</sup> y los Relatores Especiales<sup>2</sup>. El Presidente de la Mesa Ampliada fue el Presidente de la Comisión. Por recomendación de la Mesa Ampliada, la Comisión, en su 2254.<sup>a</sup> sesión, el 5 de mayo de 1992, constituyó para el presente período de sesiones un Grupo de Planificación encargado de examinar el programa, los procedimientos y los métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación, y de informar al respecto a la Mesa Ampliada. El Grupo de Planificación estuvo integrado por los miembros siguientes: Sr. Carlos Calero Rodrigues (Presidente), Sr. Awn Al-Khasawneh, Sr. Gaetano Arangio-Ruiz, Sr. Julio Barboza, Sr. Mohamed Bennouna, Sr. Mehmet Güney, Sr. Kamil Idris, Sr. Andreas J. Jacovides, Sr. Peter Kabatsi, Sr. Mochtar Kusuma-Atmadja, Sr. Vaclav Mikulka, Sr. Guillaume Pambou-Tchivounda, Sr. Alain Pellet, Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao, Sr. Patrick Lipton Robinson, Sr. Doudou Thiam, Sr. Edmundo Vargas Carreño y

<sup>1</sup> O sea: el Sr. Abdul G. Koroma, el Sr. Jiuyong Shi, el Sr. Doudou Thiam y el Sr. Alexander Yankov.

<sup>2</sup> O sea: el Sr. Gaetano Arangio-Ruiz, el Sr. Julio Barboza y el Sr. Doudou Thiam. El Sr. Robert Rosenstock, habiendo sido nombrado Relator Especial en la fase final del período de sesiones, no tomó parte en las sesiones de la Mesa Ampliada.

Sr. Chusei Yamada. El Grupo no era de composición limitada y podían asistir a sus sesiones otros miembros de la Comisión.

### C.—Comité de Redacción

5. En su 2254.<sup>a</sup> sesión, el 5 de mayo de 1992, la Comisión constituyó un Comité de Redacción integrado por los siguientes miembros: Sr. Alexander Yankov (Presidente), Sr. Husain Al-Baharna, Sr. Derek William Bowett, Sr. Carlos Calero Rodrigues, Sr. James Crawford, Sr. John de Saram, Sr. Gudmundur Eiriksson, Sr. Salifou Fomba, Sr. Ahmed Mahiou, Sr. Robert Rosenstock, Sr. Jiuyong Shi, Sr. Alberto Szekely, Sr. Vladlen Vereshchetin y Sr. Francisco Villagrán Kramer.

### D.—Grupos de trabajo creados por la Comisión

6. En su 2262.<sup>a</sup> sesión, el 19 de mayo de 1992, la Comisión creó un Grupo de Trabajo sobre la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional, que había de examinarse a tenor de la invitación formulada por la Asamblea General en el párrafo 3 de su resolución 46/54, integrado por los siguientes miembros: Sr. Abdul G. Koroma (Presidente), Sr. Husain Al-Baharna, Sr. Gaetano Arangio-Ruiz, Sr. James Crawford, Sr. John de Saram, Sr. Kamil Idris, Sr. Andreas J. Jacovides, Sr. Vaclav Mikulka, Sr. Alain Pellet, Sr. Patrick Lipton Robinson, Sr. Robert Rosenstock, Sr. Christian Tomuschat, Sr. Vladlen Vereshchetin y Sr. Francisco Villagrán Kramer. El Sr. Doudou Thiam (Relator Especial encargado del tema «Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad»), en su calidad de miembro *ex officio*, presidió varias reuniones del Grupo de Trabajo en ausencia del Sr. Koroma.

7. En su 2273.<sup>a</sup> sesión, el 16 de junio de 1992, la Comisión de Derecho Internacional creó un Grupo de Trabajo, abierto a la participación de todos los miembros, para que examinase algunas de las cuestiones generales relativas al alcance, la concepción y la posible orientación de los trabajos futuros sobre el tema «Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional».

### E.—Secretaría

8. El Sr. Carl-August Fleischhauer, Secretario General Adjunto, Asesor Jurídico, asistió al período de sesiones y representó al Secretario General. El Sr. Vladimir S. Kotliar, Director de la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos, desempeñó las funciones de Secretario de la Comisión y, en ausencia del Asesor Jurídico, representó al Secretario General. La Sra. Jacqueline Dauchy, Directora Adjunta de la División de

Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos, desempeñó las funciones de Secretaria Adjunta de la Comisión. El Sr. Manuel Rama-Montaldo, Oficial Jurídico Superior, desempeñó las funciones de Secretario Ayudante Superior de la Comisión y la Sra. Mahnoush H. Arsanjani, Oficial Jurídico, desempeñó las funciones de Secretaria Ayudante de la Comisión.

### F.—Programa

9. En su 2253.<sup>a</sup> sesión, el 4 de mayo de 1992, la Comisión aprobó un programa para su 44.º período de sesiones, con los siguientes temas:

1. Organización de los trabajos del período de sesiones.
2. Responsabilidad de los Estados.
3. Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.
4. El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.
5. Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional.
6. Relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales (segunda parte del tema).
7. Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación.
8. Cooperación con otros organismos.
9. Fecha y lugar del 45.º período de sesiones.
10. Otros asuntos.

10. La Comisión, conforme a su práctica habitual de no celebrar un debate de fondo sobre los proyectos de artículos aprobados en primera lectura hasta disponer de los comentarios y observaciones de los gobiernos al respecto, no examinó el tema «El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación» ni los proyectos de artículos aprobados en relación con el tema «Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad», en espera de recibir los comentarios y observaciones que los gobiernos habían sido invitados a presentar a más tardar el 1.º de enero de 1993 acerca de las series de proyectos de artículos aprobados provisionalmente por la Comisión en su 43.º período de sesiones sobre esos dos temas. Por lo que respecta al segundo de esos temas, sin embargo, la Comisión, en respuesta a la invitación contenida en el párrafo 3 de la resolución 46/54 de la Asamblea General, siguió examinando y analizando las cuestiones planteadas en su informe de 1990<sup>3</sup> en relación con el establecimiento de una jurisdicción penal internacional. La Comisión no examinó el tema 6 titulado «Relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales (segunda parte del tema)», y señala a este respecto la decisión recogida en el párrafo 355 *infra*. La Comisión celebró 42 sesiones públicas (2253.<sup>a</sup> a 2294.<sup>a</sup>). Además, el Comité de Redacción celebró 27 sesiones, la Mesa Ampliada 3 sesiones y el Grupo de Planificación de la Mesa Ampliada 11 sesiones.

<sup>3</sup> *Anuario... 1990*, vol. II (segunda parte), párrs. 93 a 157.

### G.—Descripción general de los trabajos de la Comisión en su 44.º período de sesiones

11. La Comisión examinó, en relación con el tema «Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad» (véase cap. II)<sup>4</sup>, el décimo informe del Relator Especial, Sr. Doudou Thiam (A/CN.4/442)<sup>5</sup>, sobre la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional, y el informe del Grupo de Trabajo encargado de esta cuestión, establecido por la Comisión<sup>6</sup>. La Comisión decidió, entre otras cosas, que, después de haber examinado los informes noveno (A/CN.4/435 y Add.1)<sup>7</sup> y décimo del Relator Especial, así como el informe del Grupo de Trabajo<sup>8</sup>, había terminado su tarea de análisis de la cuestión de establecer un tribunal penal internacional u otro mecanismo de justicia penal internacional, que le había confiado la Asamblea General en 1989; que una estructura creada conforme a los criterios indicados en el informe del Grupo de Trabajo podía ser un sistema viable; que la labor ulterior sobre la cuestión requería un mandato renovado de la Asamblea para redactar un estatuto; y que correspondía ahora a la Asamblea decidir si la Comisión debía preparar el proyecto relativo a una jurisdicción penal internacional y sobre qué base. La estructura sugerida en el informe del Grupo de Trabajo consistía, esencialmente, en un tribunal penal internacional creado por medio de un estatuto incorporado a un tratado celebrado entre los Estados partes, tribunal que, al comienzo por lo menos de sus actividades, sólo tendría competencia respecto de los particulares. La competencia objetiva del tribunal debía limitarse a los crímenes de carácter internacional definidos en determinados tratados internacionales en vigor, entre ellos el Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, después de su aprobación y entrada en vigor, pero sin reducirse a éste. Los Estados debían poder adquirir la condición de partes en el estatuto sin convertirse por ello en partes en el Código. El tribunal sería fundamentalmente un medio puesto a disposición de los Estados partes en su estatuto (y también, en condiciones claramente definidas, de otros Estados), que podría actuar cuando y tan pronto como fuese requerido para ello, y que, al comienzo por lo menos de sus actividades, no ejercería una jurisdicción obligatoria ni sería un órgano permanente. Por otra parte, fuera cual fuese la estructura concreta del tribunal u otro mecanismo (opción esta última que se examinó asimismo y acerca de la cual se hicieron sugerencias), debería asegurar las garantías procesales, la independencia y la imparcialidad de sus procedimientos.

12. La Comisión examinó el tema «Responsabilidad de los Estados» (véase cap. III)<sup>9</sup> basándose en los informes tercero y cuarto del Relator Especial, Sr. Gaetano Arangio-Ruiz (A/CN.4/440 y Add.1<sup>10</sup> y A/CN.4/444 y Add.1 a 3<sup>11</sup>), que estaban dedicados principalmente a la cuestión de las contramedidas y contenían cuatro proyectos de artículos, a saber, el artículo 11 (Contramedidas aplicadas por el Estado lesionado), el artículo 12 (Condiciones del recurso a las contramedidas), el artículo 13 (Proporcionalidad) y el artículo 14 (Contramedidas prohibidas), así como un nuevo artículo 5 *bis*, relativo al supuesto de pluralidad de Estados lesionados. Al término de su debate, la Comisión convino en remitir todos los artículos mencionados al Comité de Redacción. La Comisión recibió también del Comité de Redacción un informe (A/CN.4/L.472), que contenía, además del título y el texto de un nuevo párrafo 2 del artículo 1 de la segunda parte, el artículo 6 (Cesación del comportamiento ilícito), el artículo 6 *bis* (Reparación), el artículo 7 (Restitución en especie), el artículo 8 (Indemnización), el artículo 10 (Satisfacción) y el artículo 10 *bis* (Seguridades y garantías de no repetición), que habían sido aprobados en primera lectura por el Comité de Redacción en el período de sesiones en curso. La Comisión tomó nota de ese informe y acordó aplazar toda decisión al respecto hasta el siguiente período de sesiones, por las razones expuestas en el párrafo 116 *infra*.

13. En lo que respecta al tema «Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional» (véase cap. IV)<sup>12</sup>, la Comisión examinó el octavo informe del Relator Especial, Sr. Julio Barboza (A/CN.4/443)<sup>13</sup>. En ese informe, el Relator Especial proponía nueve proyectos de artículos sobre las obligaciones «procesales» relativas a la prevención del daño transfronterizo. Proponía también que los proyectos de artículos se formularan a título de recomendación y se reprodujeran en un anexo. En el octavo informe se hacían también propuestas sobre algunas de las definiciones utilizadas en el artículo 2 (Términos empleados), como los conceptos de riesgo y daño. Al concluir su examen de este tema, la Comisión, teniendo en cuenta las dudas que subsistían en el ánimo de algunos de sus miembros acerca de ciertas cuestiones de orden general, creó un Grupo de Trabajo (véase párr. 7 *supra*) para que examinara algunas de esas cuestiones generales relativas al alcance, la concepción y la posible orientación de los trabajos futuros sobre el tema. Basándose en las recomendaciones del Grupo de Trabajo, la Comisión adoptó varias decisiones (véanse párrs. 341 a 349 *infra*) en las que pedía, entre otras cosas, que el Relator Especial examinara de nuevo en el siguiente informe que presentase a la Comisión las cuestiones de la prevención sólo respecto de las actividades que creasen

<sup>4</sup> El tema fue examinado en las sesiones 2254.<sup>a</sup> a 2264.<sup>a</sup> y 2284.<sup>a</sup> a 2287.<sup>a</sup>, celebradas entre el 5 y el 22 de mayo y entre el 14 y el 17 de julio de 1992.

<sup>5</sup> Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

<sup>6</sup> El informe fue examinado en las sesiones 2284.<sup>a</sup> a 2287.<sup>a</sup>

<sup>7</sup> El informe ha sido reproducido en *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte); un resumen de los debates sobre el informe figura en *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), cap. IV.

<sup>8</sup> Véase el anexo al presente informe.

<sup>9</sup> El tema fue examinado en las sesiones 2265.<sup>a</sup> a 2267.<sup>a</sup>, 2273.<sup>a</sup> a 2280.<sup>a</sup>, 2283.<sup>a</sup>, 2288.<sup>a</sup> y 2289.<sup>a</sup>, celebradas entre el 26 y el 29 de mayo, el 16 de junio y el 2, 10 y 20 de julio de 1992.

<sup>10</sup> Reproducido en *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte).

<sup>11</sup> Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

<sup>12</sup> El tema fue examinado en las sesiones 2268.<sup>a</sup> a 2273.<sup>a</sup> y 2282.<sup>a</sup>, celebradas entre el 2 y el 16 de junio y el 8 de julio de 1992.

<sup>13</sup> Reproducido en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte).

un riesgo de causar un daño transfronterizo y propusiera una serie revisada de proyectos de artículos con ese fin.

14. Las cuestiones relativas al programa, los procedimientos y los métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación, fueron examinadas en el marco del Grupo de Planificación de la Mesa Ampliada y en la propia Mesa Ampliada. Las correspondientes decisiones de la Comisión figuran en el último capítulo del informe, que también trata de la cooperación con otros organismos y de ciertas cuestiones administrativas y de otra índole.

## **II.—Cuestiones sobre las cuales la Comisión tiene especial interés en conocer las opiniones de los gobiernos para la continuación de sus trabajos**

15. En lo que concierne al tema «Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad», la Comisión, como se desprende de la decisión que adoptó sobre el tema (véase párr. 104 *infra*), pide que los gobiernos indiquen claramente si debe emprender ahora la elaboración de un proyecto de estatuto de un tribunal penal internacional y, en caso afirmativo, si debe proseguir sus trabajos relativos a esa cuestión sobre la base indicada en dicha decisión.

## Capítulo II

### PROYECTO DE CÓDIGO DE CRÍMENES CONTRA LA PAZ Y LA SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD

#### A.—Introducción

16. La Asamblea General, en su resolución 177 (II), de 21 de noviembre de 1947, encargó a la Comisión: *a*) que formulase los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg; y *b*) que preparase un proyecto de código en materia de delitos\* contra la paz y la seguridad de la humanidad, en el que se indicase claramente la función que correspondía a los principios mencionados en el punto *a supra*. La Comisión, en su primer período de sesiones, en 1949, nombró Relator Especial al Sr. Jean Spiropoulos.

17. Basándose en los informes del Relator Especial, la Comisión, en su segundo período de sesiones, en 1950, aprobó una formulación de los «Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg»<sup>14</sup>, y los presentó, con sus comentarios, a la Asamblea General; luego, en su sexto período de sesiones, en 1954, la Comisión aprobó un proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad<sup>15</sup>, y lo presentó, con sus comentarios, a la Asamblea General<sup>16</sup>.

18. En su resolución 897 (IX), de 4 de diciembre de 1954, la Asamblea General, considerando que el proyecto de código preparado por la Comisión suscitaba problemas íntimamente relacionados con la definición de la agresión, y que había encomendado a una comisión especial la tarea de preparar un informe sobre un proyecto de definición de la agresión, decidió aplazar el examen del proyecto de código hasta que la comisión especial hubiese presentado su informe.

19. Basándose en la recomendación de la comisión especial, la Asamblea General, en su resolución 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, aprobó por consenso la definición de la agresión.

\* Si bien en la versión española actual de los textos relativos a este tema se emplea la palabra «crimen», en la presente introducción se ha decidido mantener, por razones históricas, el término «delito».

<sup>14</sup> Denominados en adelante «Principios de Nuremberg», *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quinto período de sesiones, Suplemento N.º 12 (A/1316)*, párrs. 95 a 127.

<sup>15</sup> *Ibid.*, noveno período de sesiones, *Suplemento N.º 9 (A/2693)*, párrs. 49 a 54.

<sup>16</sup> El texto del proyecto de código de 1954 y el de los Principios de Nuremberg figuran en *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), pág. 8, párr. 18, y pág. 12, párr. 45, respectivamente.

20. En su resolución 36/106, de 10 de diciembre de 1981, la Asamblea General invitó a la Comisión a que reanudara su labor con miras a elaborar el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, y a que lo examinase con el grado de prioridad requerido con objeto de revisarlo, teniendo debidamente en cuenta los resultados logrados en el proceso de desarrollo progresivo del derecho internacional<sup>17</sup>.

21. En su 34.º período de sesiones, en 1982, la Comisión nombró Relator Especial encargado de este tema al Sr. Doudou Thiam<sup>18</sup>. De su 35.º período de sesiones, en 1983, a su 43.º período de sesiones, en 1991, la Comisión recibió nueve informes del Relator Especial<sup>19</sup>.

22. En su 43.º período de sesiones, celebrado en 1991, la Comisión aprobó provisionalmente en primera lectura el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad<sup>20</sup>. En el mismo período de sesiones la Comisión decidió, de conformidad con los artículos 16 y 21 de su Estatuto, transmitir el proyecto de artículos, por conducto del Secretario General, a los gobiernos para que formularan sus comentarios y observaciones, con la petición de que tales comentarios y observaciones se presentaran al Secretario General el 1.º de

<sup>17</sup> Con posterioridad, en su resolución 42/151, de 7 de diciembre de 1987, la Asamblea General aceptó la recomendación de la Comisión y corrigió el título del tema en inglés de la manera siguiente: «Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind».

<sup>18</sup> Véase una exposición detallada de los antecedentes del tema en *Anuario... 1983*, vol. II (segunda parte), párrs. 26 a 41.

<sup>19</sup> Estos informes se reproducen como sigue:

Primer informe: *Anuario... 1983*, vol. II (primera parte), pág. 147, documento A/CN.4/364;

Segundo informe: *Anuario... 1984*, vol. II (primera parte), pág. 93, documento A/CN.4/377;

Tercer informe: *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), pág. 65, documento A/CN.4/387;

Cuarto informe: *Anuario... 1986*, vol. II (primera parte), pág. 55, documento A/CN.4/398;

Quinto informe: *Anuario... 1987*, vol. II (primera parte), pág. 1, documento A/CN.4/404;

Sexto informe: *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte), pág. 200, documento A/CN.4/411;

Séptimo informe: *Anuario... 1989*, vol. II (primera parte), pág. 85, documento A/CN.4/419 y Add.1;

Octavo informe: *Anuario... 1990*, vol. II (primera parte), pág. 29, documento A/CN.4/430 y Add.1;

Noveno informe: *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/435 y Add.1.

<sup>20</sup> Para el texto del proyecto, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), págs. 101 a 105.

enero de 1993 a más tardar<sup>21</sup>. La Comisión señaló asimismo que el proyecto cuyo examen había terminado en primera lectura constituía la primera parte de sus trabajos sobre el tema del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y que la Comisión seguiría cumpliendo, en sus próximos períodos de sesiones, el mandato que le había conferido la Asamblea General en el párrafo 3 de su resolución 45/41, de 28 de noviembre de 1990, que invitaba a la Comisión a que, al proseguir su labor relativa a la preparación del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, considerase de nuevo y analizase las cuestiones que se planteaban en su informe en relación con el problema de una jurisdicción penal internacional, incluida la posibilidad de establecer un tribunal penal internacional u otro mecanismo jurisdiccional penal de carácter internacional<sup>22</sup>. La Comisión observó además que ya había empezado a dar cumplimiento a ese mandato y que los trabajos que a este respecto había efectuado se recogían en su informe sobre su 43.º período de sesiones<sup>23</sup>.

23. En su resolución 46/54, de 9 de diciembre de 1991, la Asamblea General invitó a la Comisión a que,

[...] en el marco del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, siguiera examinando y analizando los temas planteados en su informe [de 1990<sup>24</sup>] [...] relativos a la cuestión de una jurisdicción penal internacional, inclusive propuestas para el establecimiento de un tribunal penal internacional u otro mecanismo procesal internacional a fin de que la Asamblea General pudiera impartir orientación al respecto;

[...]

### B.—Examen del tema en el actual período de sesiones

24. En su actual período de sesiones, la Comisión dispuso del décimo informe del Relator Especial sobre este tema (A/CN.4/442). La Comisión examinó el informe en sus sesiones 2254.<sup>a</sup> a 2264.<sup>a</sup>. En los párrafos 25 a 97 *infra* figura un resumen del debate. Tras el debate, la Comisión creó un Grupo de Trabajo para que examinara la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional<sup>25</sup>. Los párrafos 98 a 103 *infra* contienen una reseña de las deliberaciones del Grupo de Trabajo y las decisiones de la Comisión sobre sus futuros trabajos acerca de esta cuestión figuran en el párrafo 104<sup>26</sup>.

#### 1. EXAMEN DEL DÉCIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

25. El Relator Especial dedicó su décimo informe enteramente a la cuestión del posible establecimiento de

<sup>21</sup> *Ibid.*, párr. 174.

<sup>22</sup> *Ibid.*, párr. 175.

<sup>23</sup> *Ibid.*, párrs. 106 a 165.

<sup>24</sup> Véase nota 3 *supra*.

<sup>25</sup> Para la composición del Grupo de Trabajo, véase párr. 6 *supra*.

<sup>26</sup> El texto completo del informe del Grupo de Trabajo figura en el anexo del presente informe.

una jurisdicción penal internacional. Tanto en la introducción de su décimo informe como en la presentación que de éste hizo ante la Comisión, señaló que la Asamblea General no había pedido todavía a la Comisión que redactase el estatuto de un posible tribunal penal internacional u otro mecanismo jurisdiccional penal internacional, sino únicamente que «siguiera examinando y analizando las cuestiones» que se planteaban a este respecto. Por eso, el Relator Especial, después de examinar en su informe la cuestión general de la viabilidad del establecimiento de una jurisdicción penal internacional, había pasado a enumerar ciertos problemas de especial interés a este respecto y había preparado varios proyectos de posibles disposiciones sobre estas cuestiones, no para que se remitiesen al Comité de Redacción, sino más bien para promover y facilitar un debate a fondo en la Comisión, que permitiese a ésta llegar a ciertas conclusiones o recomendaciones dirigidas a la Asamblea General.

26. En la primera parte de su informe, el Relator Especial examinaba ciertas reservas u objeciones planteadas por algunos Estados, en los órganos de las Naciones Unidas o en sus propias instituciones nacionales, con respecto al posible establecimiento de un tribunal de este tipo, reservas u objeciones que versaban sobre la conveniencia o viabilidad de crear ese tribunal, habida cuenta de la actual situación internacional, o sobre la compatibilidad entre tal jurisdicción y el derecho interno de los Estados. En su informe, el Relator Especial se esforzaba por responder a cada una de estas reservas u objeciones. Finalmente, llegaba a la conclusión general de que, en realidad, muchas de esas objeciones parecían desconocer que había una amplia variedad de soluciones u opciones posibles en lo concerniente a los diversos aspectos de la creación de un tribunal penal internacional, soluciones u opciones que podrían responder a tales preocupaciones. A este respecto, el Relator Especial señalaba en la segunda parte de su informe los siguientes puntos que, a su juicio, eran especialmente importantes para el examen de la cuestión del posible establecimiento de una jurisdicción penal internacional: a) el derecho aplicable; b) la competencia del tribunal *ratione materiae*; c) la interposición de una querrela ante el tribunal; d) la acción de reparación; e) la entrega al tribunal de una persona a la que se ha incoado un proceso penal; y f) el tribunal y el principio de doble instancia.

27. El Relator Especial ya había abordado en su noveno informe<sup>27</sup> el examen de algunas de esas cuestiones. Ahora presentaba nuevas opciones a la luz del debate que había tenido lugar a este respecto en el 43.º período de sesiones de la Comisión<sup>28</sup>. Otros problemas se planteaban por primera vez. Las consideraciones del Relator Especial adoptaban en parte la forma de comentarios, en parte de proyectos de disposiciones exploratorias y provisionales que no estaban destinadas a ser remitidas al Comité de Redacción sino sólo, de momento, a suscitar una reacción por parte de los miembros de la Comisión en lo concerniente a tales cuestiones y, quizás, a vencer

<sup>27</sup> Véase nota 19 *supra*.

<sup>28</sup> Véase nota 23 *supra*.

la resistencia que podía levantar en algunos la idea de la posible creación de una jurisdicción penal internacional, al poner de manifiesto la gran flexibilidad inherente a las diversas opciones posibles que el Relator Especial presentaba.

28. Las partes I y II del informe del Relator Especial dieron lugar a un debate en el Pleno que se resume a continuación en líneas generales.

29. Se abordó la cuestión de si era posible o conveniente establecer una jurisdicción penal internacional. Muchos miembros estimaron que la falta de un órgano internacional encargado de la persecución y el enjuiciamiento de los crímenes de carácter internacional, que afectaban a la comunidad internacional en su conjunto, constituía una laguna que debía colmarse en las relaciones internacionales modernas. A juicio de estos miembros, los acontecimientos recientes en la esfera internacional habían demostrado claramente que la existencia de un órgano de este tipo podría facilitar la solución de situaciones que podían provocar fricciones internacionales. Algunos miembros subrayaron que, en ciertos casos, los tribunales nacionales tanto del Estado en que se hallara el acusado como del Estado perjudicado eran sospechosos de parcialidad. Estimaron asimismo que una jurisdicción penal internacional permitiría una aplicación más objetiva y uniforme del Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Estos miembros consideraron también que los cambios recientes en la situación internacional favorecían las perspectivas de que el establecimiento de una jurisdicción penal internacional obtuviese apoyo suficiente en la comunidad internacional. A juicio de algunos de estos miembros, era inconcebible que la aplicación del proyecto de código y, en particular, la persecución de algunos crímenes en él tipificados, como la agresión y otros crímenes cuyos autores eran agentes del Estado, se dejase a los tribunales nacionales. Estos miembros no podían imaginar un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad sin una jurisdicción penal internacional.

30. Algunos otros miembros, sin negar las ventajas que pudiera tener algún tipo de jurisdicción penal internacional en ciertas situaciones internacionales, y en relación con ciertos crímenes internacionales, destacaron las grandes complejidades políticas y técnicas que podía suponer la creación de un órgano de este tipo. A su juicio, no se trataba tanto de saber si una jurisdicción penal internacional era deseable como de saber qué tipo de jurisdicción internacional resultaba posible en la realidad. Y, para tal fin, algunos miembros pusieron en guardia a la Comisión contra la tentación de basarse excesivamente en modelos inspirados en los códigos penales internos. En opinión de algunos miembros, era esencial la flexibilidad en el planteamiento de esta cuestión. Algunos de estos miembros estimaron que en la presente situación internacional tal vez fuese más realista prever unos mecanismos jurisdiccionales internacionales distintos de un tribunal. Mencionaron, en particular, los siguientes: observadores en los procesos incoados ante tribunales nacionales; un mecanismo internacional que se limitase a enunciar el derecho aplicable, reservándose a los tribunales nacionales la dirección del proceso; tribunales *ad hoc* que podrían constituirse según las ne-

cesidades; opiniones consultivas de la CIJ; tribunales regionales, etc.

31. Algunos miembros se mostraron escépticos en cuanto a la viabilidad de la idea misma del establecimiento de una jurisdicción penal internacional. Aunque tal establecimiento fuera idealmente deseable, a juicio de estos miembros tropezaría con obstáculos insuperables. Algunos de ellos opinaron que era casi inconcebible que los Estados estuvieran dispuestos a renunciar a su soberanía para crear una jurisdicción penal internacional. Las condiciones especiales que al final de la segunda guerra mundial habían hecho posible la creación de los tribunales de Nuremberg y Tokio ya no existían. La cuestión que se planteaba era la de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno. Por una parte, la creación de un tribunal penal internacional tendría inevitablemente repercusiones sobre el orden constitucional de algunos Estados. Por otra parte, el principio «juzgar o conceder la extradición» era fruto del orden internacional existente, y cualquier modificación de ese principio equivaldría a modificar el orden internacional. A juicio de estos miembros, se trataba de una esfera en que el derecho y la política se fundían en forma particular, y la política parecía mostrar claramente que el mecanismo propuesto en esta esfera no era realista.

32. Un miembro subrayó que, fueran cuales fuesen las dificultades que entrañaba la creación de un tribunal penal internacional y sus órganos conexos, tales dificultades no serían en ningún caso mayores, y probablemente mucho menores, que las que obstaculizaban la aprobación por los Estados de un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y la aplicación de ese código por una pluralidad de órganos que actuaban bajo más de 175 soberanías distintas.

33. Con respecto a la estructura de un posible tribunal penal internacional, la mayoría de los miembros estimaron que la solución más realista consistía en adoptar un planteamiento flexible, en virtud del cual se crease no un órgano permanente, en el sentido de un órgano con dedicación exclusiva, sino más bien un mecanismo permanente que pudiera reunirse inmediatamente y sin demora en caso necesario. Se trataría de un órgano *ad hoc*, no en el sentido de un órgano creado *ex post facto*, sino más bien en el sentido de un mecanismo preexistente que se convocaría cuando surgiese la necesidad y cuya composición se determinaría, en cada caso concreto, en virtud de criterios objetivos que garantizaran la imparcialidad de los jueces. A juicio de estos miembros, la comunidad internacional todavía no estaba preparada para tener un tribunal penal internacional como órgano permanente similar a la CIJ.

34. Algunos miembros, sin embargo, consideraron que la idea de permanencia era inherente al concepto de tribunal, o por lo menos de un tribunal penal, ya que la permanencia garantizaría, entre otras cosas, la plena dedicación de los jueces a su función, lo que a su vez contribuiría a su objetividad e imparcialidad.

35. En lo concerniente a la competencia del tribunal, se examinaron tres cuestiones principales, a saber: a) la de si esa competencia debía ser obligatoria o facultativa, b) la de si debía ser exclusiva, concurrente o de

segunda instancia, y c) la de si debía o no estar vinculada al código.

36. Con respecto a la cuestión de si el tribunal debía tener atribuida competencia con carácter obligatorio o facultativo, la mayoría de los miembros se mostraron partidarios de un régimen flexible, conforme al cual la ratificación del estatuto del tribunal, o la adhesión al mismo, no implicase *ipso facto* la aceptación de la competencia del tribunal respecto de todo crimen. Estos miembros eran partidarios de un sistema en virtud del cual se dejase a los Estados en libertad para especificar respecto de qué crímenes tipificados en el código o en otras convenciones internacionales estaban dispuestos a aceptar la competencia del tribunal. Los Estados darían a conocer su decisión, bien en el momento de la firma del estatuto del tribunal, o bien posteriormente, caso por caso.

37. Algunos miembros hicieron distinciones: el tribunal podría tener competencia obligatoria con respecto a ciertos crímenes y competencia facultativa con respecto a otros. Así, en opinión de un miembro, la competencia debía ser obligatoria con respecto a los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, y facultativa con respecto a los demás crímenes de carácter internacional definidos en las convenciones existentes, como el apoderamiento ilícito de aeronaves. Profundizando esta idea, otro miembro señaló que para que la competencia del tribunal fuese obligatoria, los crímenes tendrían que ser excepcionalmente graves, fundamentales y verdaderamente perjudiciales para la dignidad de la humanidad en su conjunto. En otras palabras, cuando, detrás del acusado, se estuviera en realidad juzgando al Estado, sería razonable prever la competencia obligatoria del tribunal.

38. Algunos otros miembros, sin embargo, estimaron que no cabía hablar de competencia facultativa o de la atribución de una competencia *ad hoc*. Los Estados partes en el instrumento por el que se crease el tribunal estarían obligados a aceptar su competencia con respecto a los crímenes definidos en los instrumentos mencionados en su estatuto. Según estos miembros, el derecho penal tenía que ser estricto y, si los Estados no estaban dispuestos a aceptarlo, no debían adquirir la condición de partes en el estatuto del tribunal.

39. Otro aspecto que se examinó en relación con la competencia de un posible tribunal penal internacional era el de si esta competencia debía ser exclusiva, concurrente con la de los tribunales nacionales, o de segunda instancia.

40. Varios miembros que propugnaban el carácter facultativo de la competencia del tribunal se mostraron también partidarios de una competencia que fuese concurrente con la de los tribunales nacionales. A su juicio, sería prácticamente imposible retirar a los tribunales nacionales la competencia que ya tenían en virtud de los convenios existentes y del derecho internacional general. Los tribunales nacionales conservarían asimismo sus facultades con respecto a los actos o las situaciones previstos en su legislación interna.

41. Algunos otros miembros estimaron que el tribunal propuesto podría tener competencia exclusiva respecto de ciertos crímenes internacionales y competencia con-

currente con la de los tribunales nacionales respecto de otros crímenes. El Relator Especial había expuesto esta opinión en su décimo informe. Sin embargo, no todos esos miembros estuvieron de acuerdo en cuanto a los crímenes que deberían quedar incluidos en una categoría o en otra. Así, el Relator Especial había sugerido que un tribunal podría tener competencia exclusiva respecto de los siguientes crímenes: el genocidio, las violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos, el *apartheid*, el tráfico internacional ilícito de estupefacientes, la captura de aeronaves y el secuestro de agentes diplomáticos o de personas internacionalmente protegidas. Sin embargo, otros miembros no estuvieron totalmente de acuerdo con esta lista. Así, un miembro expresó la opinión de que no se hacía referencia a ciertos crímenes como la agresión, la amenaza de agresión, la intervención y el colonialismo, que generalmente eran cometidos por agentes o representantes de Estados y que lógicamente deberían quedar sujetos a la competencia exclusiva de un tribunal internacional. Según otra opinión, la competencia exclusiva podría aplicarse a los crímenes de excepcional gravedad, como el genocidio, pero no a otros, como el tráfico internacional ilícito de estupefacientes o la captura de aeronaves, que normalmente serían de la competencia de los tribunales nacionales.

42. Estas diferencias de opinión en cuanto a la forma de definir las dos categorías de crímenes indujeron a algunos miembros a expresar serias dudas en cuanto a la conveniencia de crear un doble sistema de competencia.

43. Por otra parte, se estimó en general que un tribunal que tuviese atribuida competencia de segunda instancia no era realista, ya que era difícil esperar que los Estados renunciasen a su soberanía nacional en materia penal hasta el punto de aceptar que las decisiones de sus propios tribunales nacionales pudieran ser reexaminadas por un tribunal internacional.

44. El debate sobre la competencia *ratione materiae* del tribunal giró principalmente en torno a la cuestión de si esta competencia debía estar limitada a los crímenes tipificados en el proyecto de código o si debía incluir asimismo los crímenes tipificados en otros convenios internacionales. Esto planteaba a su vez la cuestión de la relación entre el tribunal penal internacional y el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

45. Algunos miembros expresaron reservas en cuanto al establecimiento de cualquier vínculo entre un tribunal penal internacional y el proyecto de código, ya que tenían sus propias reservas en cuanto al amplio campo de aplicación del código tal como había quedado redactado en primera lectura. Abrigaban dudas acerca de la aceptabilidad del proyecto de código, en su redacción actual, para muchos Estados, y el establecimiento de cualquier vínculo entre el código y el tribunal podría tener el efecto contraproducente de impedir que el posible tribunal llegase a existir en relación con algunos crímenes internacionales definidos en los convenios internacionales ya en vigor.

46. Otros miembros, en cambio, estimaron que este riesgo se evitaría si los Estados pudieran aceptar la com-

petencia del tribunal respecto de algunos, aunque no todos, los crímenes tipificados en el código.

47. Varios miembros destacaron que no podía haber un código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad a menos que hubiese un órgano jurisdiccional penal de carácter internacional para aplicarlo y, en consecuencia, los crímenes tipificados por el código debían corresponder naturalmente a la competencia del tribunal. Esto no significaba, sin embargo, que la competencia del tribunal no pudiese abarcar asimismo algunos otros crímenes internacionales definidos en los convenios internacionales en vigor.

48. Se sugirió a este respecto que la Comisión elaborase dos disposiciones, la primera relativa a la competencia del tribunal en las primeras etapas de su existencia, antes de la aprobación del código, y la segunda aplicable una vez que el código hubiese pasado a formar parte del derecho internacional. En virtud de la primera disposición, más modesta, la competencia del tribunal se limitaría a los crímenes reconocidos como tales en los convenios internacionales en vigor, y el tribunal serviría de garantía adicional de que tales crímenes no permanecerían impunes. Conforme a la segunda disposición, el tribunal tendría competencia respecto de los crímenes tipificados en el código.

49. Muchos miembros de la Comisión destacaron que el estatuto del tribunal y el proyecto de código debían constituir instrumentos separados y que el Estado debía poder pasar a ser parte en el estatuto del tribunal sin convertirse por ello en parte en el código, y seguir atribuyendo libremente competencia al tribunal con respecto a ciertos crímenes definidos en los convenios internacionales.

50. Algunos miembros opinaron que un Estado no debía poder ratificar el proyecto de código sin aceptar al mismo tiempo la competencia del tribunal.

51. En el debate sobre la competencia del tribunal penal internacional se suscitaban otras dos cuestiones: en primer lugar, quién podía interponer una querrela ante el tribunal; y, en segundo lugar, qué Estado o Estados debían dar su consentimiento para atribuir competencia al tribunal respecto de un particular acusado de un crimen.

52. Con respecto a la primera cuestión, se señaló que si bien era conveniente inspirarse en la práctica de la incoación del proceso penal en el derecho interno, sería preferible no trasponer ciertas nociones de derecho interno al derecho internacional. En ciertos ordenamientos jurídicos internos, el derecho formal a iniciar un proceso ante el tribunal normalmente correspondía a un funcionario público, un Fiscal (*Prosecutor-General* o *Attorney-General*), que tenía potestad, atendiendo a las pruebas presentadas, para promover o no la acción de la justicia. Si se creaba este órgano en el caso del tribunal, el Ministerio Fiscal no debería ser autorizado, por lo menos mientras el tribunal se hallase todavía en la primera etapa de su existencia, a tomar esa decisión unilateralmente. Se hizo observar que si la Comisión se inspiraba en las instituciones de los derechos de base romanista y preveía la creación de un órgano independiente encargado de ejercer la acusación penal, quizás tropezara con

grandes dificultades, a causa de su costo, si ese órgano tuviera carácter permanente, así como con los problemas que suponía la transposición al plano internacional de la función considerable que estas instituciones desempeñaban en los sistemas de inspiración romanista. Según esta opinión, era mejor inspirarse en los sistemas de *common law* y considerar al Ministerio Fiscal, no como un órgano cuasi independiente encargado de averiguar la verdad, sino como un adversario encargado de presentar un aspecto del asunto en el marco de un procedimiento contradictorio que pudiera hacer surgir esa verdad.

53. En vista de las dificultades que planteaba crear un Ministerio Fiscal, se expresó la opinión de que tal vez fuese preferible pensar en una especie de derecho de acción popular, en virtud del cual todo Estado pudiese someter un asunto al tribunal. Algunos miembros no estuvieron de acuerdo con esta opinión. A su juicio, la comunidad internacional no estaba preparada para una *actio popularis*, incluso en el caso de los crímenes más graves, ya que esto se prestaría a abusos.

54. Muchos miembros convinieron en que los Estados partes en el estatuto del tribunal debían tener derecho a incoar un proceso ante éste. Pero, en opinión de esos miembros, limitar el derecho a incoar el proceso a los Estados que habían adquirido la condición de parte en el estatuto del tribunal no debía impedir que los demás Estados u organizaciones aportaran elementos de prueba para la inculpación o enjuiciamiento de un individuo acusado de haber cometido un crimen.

55. Algunos miembros propusieron también que la Comisión examinase la posibilidad de adoptar una disposición similar a la del Artículo 35 del Estatuto de la CIJ, a fin de que los Estados que no fueran partes en el estatuto pudiesen, en determinados casos, acudir al tribunal.

56. Algunos miembros plantearon la cuestión de precisar qué Estados tendrían derecho a someter un asunto determinado al tribunal.

57. Se opinó que, como el tribunal tendría competencia en relación con crímenes como la agresión, la amenaza de agresión, la intervención y el colonialismo, era imposible aceptar la opinión de que cualquier Estado debía tener derecho a ejercitar la acción penal ante el tribunal. Otra opinión era que sólo el Estado en cuyo territorio se hubiera cometido el crimen debía tener derecho a iniciar el proceso.

58. La cuestión del derecho de las organizaciones intergubernamentales a ejercitar la acción penal dio lugar a diferencias de opinión.

59. Algunos miembros opinaban que debía conferirse a algunas organizaciones intergubernamentales el derecho a promover la incoación de un proceso ante el tribunal. Según esta opinión, esto sería útil, ya que en ciertos casos los Estados quizás vacilasen, por motivos políticos, en someter un asunto al tribunal.

60. Algunos otros miembros se oponían a la idea de dar acceso al tribunal a las organizaciones intergubernamentales. Independientemente de la compleja cuestión de qué organizaciones debían tener derecho a promover la incoación de un proceso ante el tribunal, había otras

dificultades. El acceso de las organizaciones intergubernamentales al tribunal haría difícil conciliar el sistema del proceso penal internacional con el sistema de jurisdicción universal establecido ya en muchos convenios internacionales. Era poco probable que los Estados aceptasen la competencia del tribunal si las organizaciones intergubernamentales también podían intervenir ante él. En particular, no estaba claro cómo las organizaciones internacionales podrían cumplir algunas de las obligaciones que se establecerían, como la de entrega del presunto culpable. Se dijo también que era inútil conceder tal acceso al tribunal a las organizaciones intergubernamentales cuyos Estados miembros ya tenían individualmente el derecho a promover ante él la incoación de un proceso.

61. Sin embargo, algunos miembros de la Comisión, aunque apoyaban la opinión de que las organizaciones internacionales no debían tener acceso al tribunal, aceptaban la excepción del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. En su opinión, como el Consejo de Seguridad tenía competencia para determinar la existencia de un acto de agresión o de amenaza a la paz o quebrantamiento de la paz, así como la competencia para adoptar las medidas necesarias para restablecer la paz y la seguridad internacionales, debía tener derecho para interponer una querrela ante el tribunal. La resolución del tribunal no constituiría una intromisión en la función del Consejo de Seguridad porque éste sólo sometería al tribunal un asunto relativo a una persona física, por ejemplo el funcionario de un Estado, después de haber determinado que ese Estado había cometido un acto de agresión. Esos miembros, aun reconociendo que la acción del Consejo de Seguridad podía ser paralizada por el derecho de veto, no creían que esa posibilidad fuera suficiente para negar al Consejo el derecho a ejercitar la acción penal ante el tribunal<sup>29</sup>.

62. Algunos miembros propusieron también que ciertas organizaciones no gubernamentales y humanitarias estuvieran autorizadas a interponer una querrela ante el tribunal. Entre esas organizaciones se mencionó el CICR.

63. Algunos otros miembros, en cambio, no creían prudente, habida cuenta de la naturaleza de los asuntos de que debía conocer el tribunal, dar acceso directo a éste a las organizaciones no gubernamentales. Por ejemplo, no estaban seguros siquiera de que el CICR estuviese interesado en obtener tal acceso, pues su estatuto quizás no se lo permitiese.

64. Se expresaron opiniones diversas en lo concerniente a la segunda cuestión, la del consentimiento, mencionada en el párrafo 51 *supra*. Se señaló que este problema planteaba la cuestión de qué Estados tendrían que haber aceptado la competencia del tribunal en un caso determinado: el Estado en cuyo territorio se hubiese cometido el crimen, el Estado de que fuera nacional el imputado, o el Estado que hubiese sido víctima del crimen o cuyos nacionales hubieran sido víctimas del crimen. El problema estribaba asimismo en decidir si, para que el tribunal pudiera ejercer su competencia, sería ne-

cesario el consentimiento de uno o de varios de esos Estados.

65. A este respecto, muchos miembros de la Comisión consideraron que el Estado en cuyo territorio se encontrase el presunto autor del crimen debía estar obligado a entregarlo al tribunal competente y que esa obligación debía ser vinculante para todos los Estados partes en el estatuto del tribunal. Cualquier otra solución sería, a su juicio, imposible en la práctica. Por ejemplo, exigir el consentimiento de los Estados perjudicados en el caso de la destrucción de un avión que transportase a centenares de personas de diversas nacionalidades crearía problemas considerables. También surgirían problemas si se exigiese el consentimiento del Estado del que fuera nacional el imputado. Se hizo observar que, si la Comisión decidía exigir el consentimiento del Estado de la nacionalidad, aun en los casos en que el crimen no hubiera sido cometido en el territorio de ese Estado y en que el imputado no se encontrara en él, se daría la impresión de que la comunidad internacional no estaba lista para la creación de un tribunal penal internacional.

66. Se opinó asimismo que había que tener en cuenta a este respecto la regla tradicional según la cual los Estados podían renunciar a ejercer su jurisdicción sobre sus propios nacionales —en este caso, en favor del tribunal penal internacional— cuando se trataba de asuntos que presentaban un elemento internacional. Sin embargo, en el caso de nacionales extranjeros habría que modificar radicalmente las normas tradicionales relativas a la determinación de la jurisdicción —por ejemplo, con respecto a la extradición— pues había que tener presente que el tribunal tendría que enjuiciar crímenes que constituirían una afrenta a la conciencia de la humanidad. Por consiguiente, sería preferible que no hubiera que obtener el consentimiento del Estado en cuyo territorio se hubiese cometido el crimen pues, de otro modo, las personas que hubieran perpetrado atrocidades en su propio país podrían eludir toda responsabilidad. Se señaló que, en el caso de ciertos crímenes, habría que modificar considerablemente las normas tradicionales del derecho penal internacional y atribuir al tribunal una competencia automática aunque no exclusiva. Cabía prever, a este respecto, ciertas garantías procesales como, por ejemplo, el requisito de que la acción se ejercitara a petición de tres Estados o de un comité de la Asamblea General. Las reglas ordinarias de competencia serían suficientes en los demás casos. También habría que tener en cuenta otras cuestiones, como la de la posible inmunidad del inculpado.

67. Con respecto a la competencia *ratione personae*, se señaló que el Relator Especial la había examinado sólo desde el punto de vista limitado de la competencia *ratione loci* y que no había abordado todavía la cuestión de la competencia *ratione temporis*. Se indicó asimismo que el estatuto del tribunal debía contener disposiciones sobre la «competencia de la competencia» y prever algún sistema para evitar las demandas abusivas, que podían redundar en perjuicio del tribunal. Un miembro señaló además que se podía examinar la posibilidad de adoptar el sistema de la «denuncia», que se distinguía de la «querrela».

<sup>29</sup> Véase en los párrs. 81 a 87 *infra* la reseña del debate sobre la relación entre el Consejo de Seguridad y el tribunal penal internacional.

68. En lo concerniente al derecho aplicable por el tribunal, se señaló a la atención de la Comisión la necesidad de distinguir entre las normas aplicables a la definición de los crímenes y las normas que regían los derechos del acusado y la dirección del proceso.

69. Con respecto a las primeras, la opinión predominante era que, de conformidad con el principio *nullum crimen sine lege*, las fuentes del derecho aplicable debían limitarse a los convenios internacionales que definían los crímenes de derecho internacional.

70. Sin embargo, se expresó la opinión de que la costumbre internacional también era una fuente de derecho en este contexto. Se mencionó a título de ejemplo el *apartheid*, que incluso los Estados que no habían ratificado la Convención correspondiente consideraban generalmente como un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. También se mencionó el hecho de que los tribunales de Nuremberg y Tokio habían tenido que inspirarse en el derecho consuetudinario.

71. Algunos miembros estimaron además que las repetidas resoluciones de la Asamblea General tenían una función que desempeñar como expresión de la *opinio juris* de la comunidad internacional, y que si se cometía una infracción grave no prevista en una ley concreta, el tribunal no debía dejar impune esa infracción.

72. Aunque varios miembros se opusieron enérgicamente a esta opinión, se observó que no debía desconocerse la función de las resoluciones de las organizaciones internacionales. Se señaló que las resoluciones de la Asamblea General podían tener una importancia decisiva en la declaración de un hecho como punible y que, aunque el tribunal no estaba obligado a ceder ante una conclusión negativa del Consejo de Seguridad respecto a la existencia de un acto de agresión, había una fuerte presunción de que una conclusión positiva del Consejo sería vinculante para el tribunal.

73. Varios miembros destacaron que la principal fuente de derecho aplicable debía ser el código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Algunos miembros, refiriéndose a la posibilidad de que pudieran quedar excluidos del código algunos crímenes, estimaron que el estatuto debería mencionar, además del código, los instrumentos en que se definiesen estos crímenes. Otros miembros, de acuerdo con su posición general sobre la relación entre el código y el tribunal, estimaron que el estatuto debía enumerar los crímenes respecto de los cuales el tribunal tendría atribuida competencia.

74. En cuanto a las normas concernientes a los derechos de los acusados y la dirección del proceso, el Relator Especial había propuesto una fórmula basada en el Artículo 38 del Estatuto de la CIJ. Algunos miembros de la Comisión apoyaron este planteamiento, mientras que otros pusieron en duda la conveniencia de inspirarse, al formular una norma destinada a aplicarse en procesos penales, en una disposición relativa a las controversias entre Estados.

75. El texto de la versión B del posible proyecto de disposición del Relator Especial sobre el derecho aplica-

ble<sup>30</sup> mencionaba en primer lugar los convenios internacionales relativos a la persecución y el castigo de los crímenes de derecho internacional. Algunos miembros apoyaban ese texto, pero otros lo consideraban demasiado restrictivo, en cuanto que excluía los convenios internacionales relativos a los derechos humanos, el derecho a la vida, la tortura y otros derechos.

76. El texto mencionaba después la costumbre internacional. Aunque algunos miembros estaban de acuerdo con la disposición propuesta, otros opinaban que la costumbre carecía de la precisión necesaria en derecho penal y que, además, no existía prácticamente ninguna costumbre internacional en la esfera del derecho penal que no hubiera sido incorporada a un instrumento internacional.

77. Con respecto a la referencia que se hacía en el texto del Relator Especial a los principios generales de derecho penal reconocidos por la comunidad de naciones, algunos miembros mencionaron el principio *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, así como el principio de la cosa juzgada. No obstante, se expresaron dudas acerca de la necesidad de la disposición propuesta, que se consideró superflua en la medida en que todo principio de derecho penal reconocido por la comunidad internacional debía ser considerado como una norma de derecho internacional consuetudinario.

78. El cuarto elemento de la propuesta del Relator Especial, es decir, las decisiones judiciales y la doctrina de los publicistas, recibió el apoyo de varios miembros, algunos de los cuales destacaron que esos elementos eran únicamente medios subsidiarios de determinación de las normas jurídicas. Otros miembros declararon que no era necesario mencionar esas fuentes de derecho que, a su juicio, podían invocarse en concepto de costumbre internacional o de principios generales de derecho penal.

79. El quinto elemento, a saber, el derecho interno, suscitó objeciones de varios miembros. Se señaló que la CPIJ había declarado que

Desde el punto de vista del derecho internacional y de la Corte, que era su órgano, los derechos internos eran simplemente hechos [...]<sup>31</sup>

y se exhortó a la Comisión a que no estableciese que un tribunal internacional podía aplicar el derecho interno. Se señaló también que, independientemente del hecho de que, en este contexto, el derecho interno no sería sino un mero reflejo del derecho internacional, la remisión propuesta al derecho interno daría lugar a incertidumbre y confusión.

80. Sin embargo, otros miembros hicieron observar que, si no se incorporaba de un modo u otro el derecho interno, se crearían enormes lagunas. Se mencionaron los numerosos convenios cuya aplicación dependía del derecho interno. Se subrayó asimismo que, fundamentalmente, una persona sólo podía ser procesada si había infringido una ley a la que estaba sujeta, es decir, una dis-

<sup>30</sup> Véase *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/442. Véase también *Anuario... 1992*, vol. I, 2254.<sup>a</sup> sesión, párr. 3.

<sup>31</sup> *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, fond, arrêt N.º 7, 1926, C.P.J.I., série A, N.º 7*, pág. 19.

posición de derecho interno, que podía emanar del derecho internacional y, quizás, estar destinada a darle aplicación; en tal caso, el derecho interno no era un mero hecho sino el fundamento jurídico a falta del cual no era posible ningún proceso judicial.

81. Algunos miembros se refirieron incidentalmente a la cuestión de la relación entre la jurisdicción penal internacional y el Consejo de Seguridad, en especial en lo concerniente a crímenes como los de agresión o amenaza de agresión, cuestión que había planteado el Relator Especial en su noveno informe<sup>32</sup> y que había sido debatida largamente por la Comisión en su anterior período de sesiones<sup>33</sup>.

82. La idea de que, si el Consejo de Seguridad no llegaba a ninguna conclusión, el tribunal quedaría en plena libertad de ejercitar su función judicial obtuvo un amplio apoyo.

83. Sin embargo, si el Consejo de Seguridad llegaba a la conclusión de que se había producido un acto de agresión, por ejemplo, se planteaba la cuestión de si el tribunal era libre de llegar a la conclusión contraria en un proceso sustanciado ante él. Se señaló a este respecto que no faltaban argumentos a favor de que el tribunal estuviera sujeto a la decisión del Consejo de Seguridad, ya que era deseable que todos los órganos de las Naciones Unidas hablaran con una sola voz; otra ventaja sería que el tribunal no tendría que investigar los complejos hechos del caso para llegar a la misma conclusión que el Consejo. Pero podían aducirse argumentos igualmente convincentes contra la idea de subordinar el tribunal a una decisión del Consejo de Seguridad ya que, en principio, no era conveniente que un órgano judicial quedase vinculado por una decisión de un órgano político.

84. Algunos miembros estimaron que tal vez podría encontrarse una solución a este problema si se tenía en cuenta el hecho de que la decisión del Consejo de Seguridad se referiría únicamente a la responsabilidad del Estado interesado y no a la cuestión de la responsabilidad individual, que correspondería a la decisión exclusiva del tribunal.

85. Sin embargo, algunos otros miembros estimaron que no era fácil separar los actos de los Estados de los actos de los particulares. Según esta opinión, el tribunal tendría que asegurarse que el Consejo de Seguridad hubiera actuado de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional. Así, aunque el Consejo de Seguridad llegase a la conclusión de que no se había cometido una agresión, el tribunal no estaría vinculado por esta decisión.

86. Otros miembros señalaron que la Carta de las Naciones Unidas no preveía un sistema de control judicial de las decisiones del Consejo de Seguridad.

87. Se señaló también que si era la Asamblea General la que determinaba si se había cometido un crimen de agresión, la situación sería totalmente distinta, ya que no

habría que aplicar el Artículo 25 de la Carta. La opinión de la Asamblea General formaría simplemente parte de las pruebas que el tribunal debería tener en cuenta, pero que no serían vinculantes para él.

88. Con respecto a la cuestión de la acción de reparación, algunos miembros apoyaron la sugerencia del Relator Especial formulada en el comentario a su posible proyecto de disposición<sup>34</sup> de que el tribunal penal internacional debería ser competente tanto para juzgar al acusado en el fuero penal como para resolver sobre la correspondiente responsabilidad civil. A este respecto se subrayó que en ciertos ordenamientos jurídicos nacionales la pretensión reparatoria civil podía acumularse a la acción penal. Incluso algunos de los sistemas que inicialmente no habían permitido la acumulación de ambas acciones estaban introduciendo ahora esa idea con objeto de garantizar que la víctima fuera debidamente indemnizada por el causante del daño. Era esto especialmente importante en el caso de las violaciones graves y masivas de los derechos humanos que causaban graves daños a las personas. Había, por lo tanto, que estudiar seriamente la posibilidad de incluir en el estatuto del tribunal una disposición sobre la reparación a que tenían derecho las víctimas de los crímenes. Se citó además el ejemplo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órganos ambos que entendían de las violaciones cometidas por los Estados y de la reparación a las víctimas, y se dijo que, del mismo modo, debía el tribunal penal internacional poder pronunciarse sobre las cuestiones de reparación.

89. Muchos miembros manifestaron serias reservas ante la posibilidad de entremezclar las acciones estrictamente penales contra personas físicas y las acciones civiles por daños y perjuicios. A juicio de esos miembros, a un tribunal penal internacional le sería difícil pronunciarse al mismo tiempo sobre cuestiones tan distintas y, además, en muchos casos podía estar implicado un gran número de víctimas. Por otra parte, dudaban de que la reparación por los perjuicios sufridos como resultado de un crimen sometido a la consideración del tribunal estuviera comprendida en el mandato que había dado la Asamblea General a la Comisión, que se refería a la cuestión de la jurisdicción penal internacional, con inclusión de propuestas para la creación de un tribunal penal internacional o de otro mecanismo jurisdiccional penal internacional. Cualquiera que fuese la esencia de esos distintos conceptos, todos tenían un elemento común, a saber, el de una acción que condujera al castigo de las personas declaradas culpables, distinta en todo caso de cualquier acción conducente al pago de una reparación.

90. A este respecto, algunos miembros establecían una clara distinción entre la cuestión del derecho a obtener reparación dimanante del daño sufrido como consecuencia de un crimen internacional y la del órgano que habría de entender en este asunto. Ellos eran, por supuesto, partidarios de la reparación, pero abrigaban serias dudas sobre la posibilidad de que un tribunal penal internacional hubiera de pronunciarse sobre ese punto. Sugerían, por ello, otras soluciones. Así, haciendo notar que la función

<sup>32</sup> Véase nota 19 *supra*.

<sup>33</sup> Para un resumen de los debates, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), párrs. 153 a 165.

<sup>34</sup> Véase nota 30 *supra*.

básica de un tribunal penal debía ser la de administrar la justicia penal, se preguntaron, por ejemplo, si la cuestión de la reparación no debería ser resuelta cuasi judicialmente por una comisión que actuara como órgano subsidiario del tribunal. Otros miembros sugirieron que, mientras que el tribunal penal internacional podría ocuparse de las cuestiones penales, las cuestiones de reparación podían ser resueltas por la CIJ.

91. Esta propuesta suscitó, sin embargo, algunas objeciones. Se opinó, por ejemplo, que si la cuestión se sometía a la consideración de la CIJ, la Corte tendría inevitablemente que volver a examinar todas las pruebas ya examinadas por el tribunal penal internacional. Cabía incluso la posibilidad de que ambos órganos llegaran a conclusiones diferentes. Otros miembros hicieron valer que, de conformidad con el apartado *d* del párrafo 2 del Artículo 36 del Estatuto de la CIJ, sólo los Estados podían ser partes en un asunto ante la Corte. A esta objeción, algunos otros miembros, así como el Relator Especial, respondieron que: *a*) la parte acusada ante la CIJ sería en efecto un Estado, en virtud de la llamada responsabilidad del mandante, principio que se había seguido de hecho en el proyecto de código, según el cual cualquier Estado podía ser demandado para el pago de la reparación debida por hechos cometidos por sus agentes; y *b*) el actor civil ante la CIJ sería también un Estado que actuaría en nombre de sus nacionales víctimas de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad. Sin embargo, algunos miembros dudaban de que la institución de la «protección diplomática» fuera aplicable en los asuntos penales internacionales.

92. Otros miembros opinaron que, en situaciones como las expuestas en el párrafo anterior, toda la cuestión de la reparación entraba más bien dentro del ámbito del tema de la responsabilidad de los Estados.

93. Con respecto a la cuestión de la entrega al tribunal de la persona a la que se hubiera incoado un proceso penal, muchos miembros apoyaron la sugerencia del Relator Especial contenida en la versión B de su posible proyecto de disposición<sup>35</sup> de que se exigiese a todo Estado parte en el estatuto que entregase a la Fiscalía del tribunal, a petición de éste, a todo presunto autor de un crimen que correspondiese a la competencia del tribunal. Varios miembros apoyaron también la propuesta de que la entrega del presunto autor de un crimen a la Fiscalía del tribunal no constituía extradición, ya que la justicia administrada por el tribunal no podía ser considerada por las partes en el estatuto como si emanara de un tribunal extranjero. Se señaló asimismo que sería conveniente que los Estados establecieran una distinción entre la extradición y el acto de la entrega del imputado al tribunal, con objeto de que no pudieran negarse a conceder la extradición de sus propios nacionales. A este respecto, se hicieron votos por que el sistema acusatorio que se estableciera incluyese garantías especiales a fin de que pudiera prescindirse de la audiencia preliminar que normalmente se exigía en los procedimientos de extradición.

94. Por otra parte, algunos miembros señalaron que era indispensable garantizar la observancia de los principios

esenciales de justicia y respeto de los derechos humanos fundamentales del imputado. A este respecto, se preguntó si un Estado, al entregar a una persona al tribunal, tendría derecho a sustanciar un procedimiento interno para determinar si se habían respetado sus propias normas sobre protección de los derechos humanos y otros derechos.

95. En lo concerniente al «principio de doble instancia» o doble grado de jurisdicción, muchos miembros apoyaron la sugerencia del Relator Especial, indicada en su posible proyecto de disposición<sup>36</sup>, en el sentido de que el tribunal propuesto se organizase de tal forma que las resoluciones que dictase en primera instancia pudieran ser examinadas en apelación en el marco del propio tribunal. A su juicio, se trataba de una garantía fundamental de todo proceso penal, que estaba también consagrada en el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. Esta disposición tomaba así en consideración el hecho de que ningún tribunal era infalible y de que, por lo tanto, la apelación constituía una garantía importante. Varios de esos miembros subrayaron que el órgano competente para conocer de la apelación debería estar facultado para tomar en consideración todos los hechos, pruebas y demás elementos pertinentes que pudieran ayudarle a adoptar una decisión definitiva. Por otra parte, se opinó que el recurso no tenía por qué suponer una revisión completa de la causa y podía limitarse a una verificación de la regularidad del procedimiento. Era posible que ese sistema, que era el de *pourvoi en cassation* (recurso de casación) del derecho francés, resultara más fácilmente aceptable.

96. Algunos miembros propugnaron que se adoptaran un conjunto de normas detalladas sobre el sistema de apelación. Varios miembros, en particular, opinaron que los asuntos deberían ser juzgados por una sala del tribunal en primera instancia y por el tribunal en pleno en apelación. Quizás fuera posible prever la intervención de la CIJ a ese respecto.

97. Se insistió, en especial, en que el doble grado de jurisdicción debía aplicarse rigurosamente, según el modelo del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ya que la disposición sobre el principio de doble instancia carecería de sentido sin la intervención de dos grados de jurisdicción. En un sistema de ese tipo, los asuntos juzgados en primera instancia deberían ser examinados por un magistrado suplente o juez sustituto, y las apelaciones exclusivamente por magistrados titulares formando el tribunal en pleno. Un sistema en el que magistrados del mismo nivel jerárquico estuvieran llamados a reexaminar las decisiones de sus pares se podría considerar como una parodia de justicia en cuanto pondría en tela de juicio la reputación de los magistrados de primera instancia y, en definitiva, la credibilidad de los fallos del propio tribunal penal internacional.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> *Ibid.*

2. GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA CUESTIÓN  
DEL ESTABLECIMIENTO DE UNA JURISDICCIÓN  
PENAL INTERNACIONAL

98. Al concluir el debate sobre el décimo informe del Relator Especial, la Comisión decidió crear un Grupo de Trabajo con el mandato de que siguiera estudiando y analizando los principales problemas planteados en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 42.º período de sesiones en relación con la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional, incluidas las propuestas relativas a la creación de un tribunal penal internacional u otro mecanismo jurisdiccional penal de carácter internacional. En su labor, el Grupo de Trabajo tendría en cuenta las cuestiones planteadas por el Relator Especial en sus informes noveno (segunda parte) y décimo, y los debates celebrados al respecto en la Comisión durante el anterior y el actual período de sesiones. El Grupo de Trabajo elaboraría asimismo recomendaciones concretas sobre los diversos puntos que estudiara y analizara en el desempeño de su mandato.

99. El Grupo de Trabajo celebró 16 sesiones, en el curso de las cuales preparó un informe a la Comisión, que contenía una reseña detallada de su examen y análisis de diversas cuestiones relativas al posible establecimiento de una jurisdicción penal internacional, y un resumen de sus debates con recomendaciones concretas, y un apéndice con indicación de algunos sistemas propuestos para la iniciación de oficio o a instancia de parte de un proceso ante un tribunal penal internacional.

100. El Presidente del Grupo de Trabajo presentó su informe a la Comisión en su 2284.ª sesión, el 14 de julio de 1992, y la Comisión lo examinó en sus sesiones 2284.ª a 2287.ª, celebradas entre el 14 y el 17 de julio de 1992.

101. Los miembros expresaron en general su satisfacción por la labor del Grupo de Trabajo que había podido preparar, en un tiempo relativamente corto, un valioso documento en el que se analizaban con un alto grado de competencia técnica las cuestiones que planteaba la posible creación de una jurisdicción penal internacional.

102. Se expresó también satisfacción por el hecho de que el Grupo de Trabajo hubiese podido llegar a las recomendaciones concretas<sup>37</sup> basadas en lo que se conside-

raba el mínimo común denominador posible para conseguir un consenso sobre los futuros trabajos acerca de la cuestión, opinión que compartían muchos de los miembros de la Comisión.

103. Sin embargo, algunos miembros indicaron que, en su opinión, el tipo de tribunal recomendado por el Grupo de Trabajo se asemejaba más a un mecanismo *ad hoc* que a un tribunal permanente. Lamentaron esto, ya que a su juicio la permanencia era esencial para que el tribunal internacional pudiese funcionar con unos magistrados totalmente libres de cualquier preocupación que no fuese la de administrar justicia. Algunos de estos miembros lamentaron también que el Grupo de Trabajo no hubiese estudiado suficientemente la posible función que podía desempeñar la CIJ en materia penal.

3. DECISIÓN DE LA COMISIÓN

104. En su 2287.ª sesión, el 17 de julio de 1992, la Comisión decidió incluir el informe del Grupo de Trabajo como anexo de su informe sobre el período de sesiones y aceptó como base de sus futuros trabajos las propuestas enumeradas en el párrafo 4 del informe del Grupo de Trabajo y el planteamiento general expuesto en ese informe. La Comisión llegó además a las siguientes conclusiones:

a) Mediante los informes noveno y décimo del Relator Especial sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y los debates celebrados sobre el mismo en sesión plenaria, y mediante el informe del Grupo de Trabajo, había terminado la tarea de análisis de «la cuestión de establecer un tribunal penal internacional u otro mecanismo de justicia penal internacional» que le confiara la Asamblea General en 1989;

b) El estudio más detallado del Grupo de Trabajo confirmaba la opinión, expresada anteriormente por la Comisión, de que una estructura creada con arreglo a los criterios indicados en el informe del Grupo de Trabajo sería un sistema viable;

c) La labor ulterior sobre la cuestión requería un mandato renovado de la Asamblea y había de tomar la forma no de nuevos estudios de carácter general o exploratorio sino de un proyecto detallado en forma de estatuto; y

d) Correspondía ahora a la Asamblea decidir si la Comisión debía preparar un proyecto relativo a una jurisdicción penal internacional y sobre qué base.

<sup>37</sup> Véase anexo del presente informe, párrs. 4 y 9.

## Capítulo III

### RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS

#### A.—Introducción

105. Con arreglo al plan general del proyecto de artículos sobre el tema de la responsabilidad de los Estados, plan aprobado por la Comisión en su 27.º período de sesiones, en 1975, la estructura del proyecto debía ser la siguiente: la primera parte versaría sobre el origen de la responsabilidad internacional; la segunda parte tendría por objeto el contenido, las formas y los grados de la responsabilidad internacional; y una posible tercera parte, si la Comisión decidía incluirla, trataría de la cuestión de la solución de las controversias y del modo de «hacer efectiva» (*mise en oeuvre*) la responsabilidad internacional<sup>38</sup>.

106. En su 32.º período de sesiones, en 1980, la Comisión aprobó provisionalmente en primera lectura la primera parte del proyecto de artículos, relativa al «Origen de la responsabilidad internacional»<sup>39</sup>.

107. En el mismo período de sesiones, la Comisión también inició el examen de la segunda parte del proyecto de artículos, sobre «Contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional».

108. Desde su 32.º período de sesiones (1980) hasta su 38.º período de sesiones (1986), la Comisión recibió siete informes del Relator Especial, Sr. Willem Riphagen<sup>40</sup>, relativos a la segunda parte y la tercera parte del proyecto de artículos. A partir de ese momento, la Comisión dio por sentado que se incluiría en el proyecto de artículos una tercera parte dedicada a la solución de las controversias y al modo de hacer efectiva (*mise en oeuvre*) la responsabilidad internacional. El séptimo in-

<sup>38</sup> *Anuario... 1975*, vol. II, págs. 60 a 64, documento A/10010/Rev.1, párrs. 38 a 51.

<sup>39</sup> *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 29 a 60.

<sup>40</sup> Los siete informes del Relator Especial han sido reproducidos como sigue:

Informe preliminar: *Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), pág. 113, documento A/CN.4/330;

Segundo informe: *Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), pág. 87, documento A/CN.4/334;

Tercer informe: *Anuario... 1982*, vol. II (primera parte), pág. 25, documento A/CN.4/354 y Add.1 y 2;

Cuarto informe: *Anuario... 1983*, vol. II (primera parte), pág. 3, documento A/CN.4/366 y Add.1;

Quinto informe: *Anuario... 1984*, vol. II (primera parte), pág. 1, documento A/CN.4/380;

Sexto informe: *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), pág. 3, documento A/CN.4/389;

Séptimo informe: *Anuario... 1986*, vol. II (primera parte), pág. 1, documento A/CN.4/397 y Add.1.

forme contenía una sección (que no fue presentada ni examinada en la Comisión) sobre la preparación de la segunda lectura de la primera parte del proyecto de artículos, relativa a los comentarios presentados por escrito por los gobiernos sobre diez de los artículos de la primera parte.

109. Al finalizar su 38.º período de sesiones, en 1986, la Comisión había: *a*) aprobado provisionalmente en primera lectura los proyectos de artículos 1 a 5 de la segunda parte<sup>41</sup>; y *b*) remitido al Comité de Redacción

<sup>41</sup> Los proyectos de artículos de la segunda parte aprobados provisionalmente por la Comisión son:

#### «Artículo 1

»La responsabilidad internacional de un Estado que, de conformidad con las disposiciones de la primera parte, nace de un hecho internacionalmente ilícito cometido por ese Estado produce consecuencias jurídicas según lo dispuesto en la presente parte.

#### »Artículo 2

»Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 4 y [12], las consecuencias jurídicas de todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado se rigen por las disposiciones de la presente parte, salvo en los casos y en la medida en que esas consecuencias jurídicas hayan sido determinadas por otras reglas de derecho internacional que se refieran específicamente al hecho internacionalmente ilícito de que se trate.

#### »Artículo 3

»Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 4 y [12], las reglas de derecho internacional consuetudinario continuarán rigiendo las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito de un Estado que no estén previstas en las disposiciones de la presente parte.

#### »Artículo 4

»Las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito de un Estado enunciadas en las disposiciones de la presente parte estarán sujetas, según corresponda, a las disposiciones y procedimientos de la Carta de las Naciones Unidas relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

#### »Artículo 5

»1. A los efectos de los presentes artículos, se entiende por «Estado lesionado» cualquier Estado lesionado en uno de sus derechos por el hecho de otro Estado, si ese hecho constituye, de conformidad con la primera parte de los presentes artículos, un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado.

»2. En particular, se entiende por «Estado lesionado»,  
»a) si el derecho lesionado por el hecho de un Estado nace de un tratado bilateral, el otro Estado parte en el tratado;

»b) si el derecho lesionado por el hecho de un Estado nace de un fallo u otra decisión obligatoria dictada por una corte internacional de justicia o por un tribunal internacional de arbitraje para la solución de una controversia, el otro Estado parte o los otros Estados partes en la controversia y beneficiarios de ese derecho;

»c) si el derecho lesionado por el hecho de un Estado nace de una decisión obligatoria de un órgano internacional que no sea una

(Continuación en la página siguiente.)

los proyectos de artículos 6 a 16 de la segunda parte<sup>42</sup>, así como los proyectos de artículos 1 a 5 de la tercera parte y su anexo<sup>43</sup>.

110. La Comisión, en su 39.º período de sesiones, en 1987, nombró Relator Especial encargado del tema de la responsabilidad de los Estados al Sr. Gaetano Arangio-Ruiz<sup>44</sup>. De 1988 a 1990, la Comisión recibió dos informes del Relator Especial<sup>45</sup>. En sus períodos de sesiones 41.º y 42.º, en 1989 y 1990, la Comisión remitió al Comité de Redacción los proyectos de artículos 6, 7, 8, 9 y 10 correspondientes al capítulo II (Consecuencias jurídicas de los delitos internacionales) de la segunda parte del proyecto de artículos<sup>46</sup>.

111. En su 43.º período de sesiones, en 1991, la Comisión recibió del Relator Especial un tercer informe (A/CN.4/440 y Add.1)<sup>47</sup>, cuya presentación escuchó<sup>48</sup>, pero que no pudo examinar por falta de tiempo.

(Continuación de la nota 41.)

corte internacional de justicia ni un tribunal internacional de arbitraje, el Estado o los Estados que, de conformidad con el instrumento constitutivo de la organización internacional de que se trate, sean beneficiarios de ese derecho;

»d) si el derecho lesionado por el hecho de un Estado nace para un tercer Estado de una disposición de un tratado, ese tercer Estado;

»e) si el derecho lesionado por el hecho de un Estado nace de un tratado multilateral o de una norma de derecho internacional consuetudinario, cualquier otro Estado parte en el tratado multilateral u obligado por la norma pertinente de derecho internacional consuetudinario, si consta que:

»i) el derecho ha sido creado o está reconocido en su favor;

»ii) la lesión del derecho por el hecho de un Estado afecta necesariamente al disfrute de los derechos o al cumplimiento de las obligaciones de los demás Estados partes en el tratado multilateral u obligados por la norma de derecho internacional consuetudinario; o

»iii) el derecho ha sido creado o está reconocido para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales;

»f) si el derecho lesionado por el hecho de un Estado nace de un tratado multilateral, cualquier otro Estado parte en el tratado multilateral, si consta que el derecho ha sido estipulado expresamente en ese tratado para la protección de los intereses colectivos de los Estados partes.

»3. Asimismo, se entiende por "Estado lesionado", si el hecho internacionalmente ilícito constituye un crimen internacional [y en el contexto de los derechos y obligaciones de los Estados en virtud de los artículos 14 y 15], todos los demás Estados.»

<sup>42</sup> Para el texto, véase *Anuario... 1985*, vol. II (segunda parte), págs. 21 y 22, nota 66; para la remisión al Comité de Redacción en ese período de sesiones, véase párr. 162.

<sup>43</sup> Para el texto, véase *Anuario... 1986*, vol. II (segunda parte), págs. 37 y 38, nota 86; para la remisión al Comité de Redacción en ese mismo período de sesiones, véase párr. 63.

<sup>44</sup> *Anuario... 1987*, vol. II (segunda parte), párr. 220.

<sup>45</sup> Los dos informes del Relator Especial han sido reproducidos como sigue:

Informe preliminar: *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte), pág. 7, documento A/CN.4/416 y Add.1;

Segundo informe: *Anuario... 1989*, vol. II (primera parte), pág. 1, documento A/CN.4/425 y Add.1.

<sup>46</sup> Para el texto de los artículos 6 y 7, véase *Anuario... 1989*, vol. II (segunda parte), párrs. 229 y 230, y el de los artículos 8 a 10, véase *Anuario... 1990*, vol. II (segunda parte), notas 271, 289 y 291.

<sup>47</sup> Reproducido en *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte).

<sup>48</sup> El informe fue presentado en la 2238.ª sesión, celebrada el 10 de julio de 1991. Véase *Anuario... 1991*, vol. I, págs. 218 a 222, párrs. 2 a 24. Para un resumen de los debates, véase también *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), párrs. 308 a 322.

## B.—Examen del tema en el actual período de sesiones

### I. OBSERVACIONES SOBRE EL TEMA EN SU CONJUNTO

112. Hubo acuerdo general en que el tema ocupaba un lugar central en el derecho internacional contemporáneo y merecía que se le otorgase un alto grado de prioridad. Se tomó debida nota de la intención del Relator Especial de proseguir la labor de manera que la Comisión pudiese concluir la primera lectura del proyecto de artículos antes de que finalizase el mandato de sus actuales miembros.

113. Varios miembros destacaron que la terminación de un proyecto definitivo sobre la responsabilidad de los Estados sería una importante contribución al Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional, y se invitó a la Comisión a que aprovechara la coyuntura favorable creada por la desaparición de los enfrentamientos ideológicos y el nacimiento de un clima internacional más propicio al consenso. Se hizo la observación de que la Comisión debía tratar de concluir la primera lectura del tema, incluidas las necesarias revisiones y supresiones de la primera parte, antes de que finalizara el vigente mandato de sus miembros.

114. Se destacó la necesidad de que los trabajos sobre la responsabilidad de los Estados progresaran al mismo ritmo que los relativos al proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, teniendo en cuenta el artículo 5 (Responsabilidad de los Estados) del proyecto de código. También se puso de relieve la relación entre el tema de la responsabilidad de los Estados y el tema «Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional».

### 2. LOS PROYECTOS DE ARTÍCULOS CONTENIDOS EN EL INFORME PRELIMINAR Y EL SEGUNDO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

115. En la 2288.ª sesión de la Comisión, el Presidente del Comité de Redacción presentó un informe del Comité (A/CN.4/L.472) sobre la labor que había realizado en relación con los proyectos de artículos sobre la responsabilidad de los Estados que figuraban en el informe preliminar y el segundo informe del Relator Especial, y que habían sido remitidos al Comité en los períodos de sesiones 41.º y 42.º de la Comisión, en 1989 y 1990. El Comité de Redacción dedicó 25 sesiones al examen de esos proyectos de artículos y logró concluir sus trabajos sobre ellos. Aprobó en primera lectura un nuevo párrafo 2 del artículo 1 y el texto de los artículos 6 (Cesación del comportamiento ilícito), 6 *bis* (Reparación), 7 (Restitución en especie), 8 (Indemnización), 10 (Satisfacción) y 10 *bis* (Seguridades y garantías de no repetición).

116. La Comisión, que tiene por norma no aprobar artículos que no vayan acompañados de los correspondientes comentarios, acordó aplazar hasta el siguiente período de sesiones su decisión sobre los proyectos de artículos propuestos. En ese momento dispondrá de la documentación necesaria para poder adoptar una deci-

sión sobre esos textos. La Comisión se limitó, en la presente etapa, a tomar nota del informe del Comité de Redacción.

### 3. LOS INFORMES TERCERO Y CUARTO DEL RELATOR ESPECIAL

117. En el actual período de sesiones, la Comisión dispuso del tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/440 y Add.1) cuya presentación, como se ha dicho antes, había escuchado en el anterior período de sesiones. El informe fue examinado en las sesiones 2265.<sup>a</sup> a 2267.<sup>a</sup> Dispuso asimismo del cuarto informe (A/CN.4/444 y Add.1 a 3), que fue examinado en las sesiones 2273.<sup>a</sup> a 2280.<sup>a</sup> y 2283.<sup>a</sup>

118. Ambos informes versaban sobre las consecuencias «adjetivas» del hecho internacionalmente ilícito o «contramedidas», es decir, en palabras del Relator Especial, sobre el régimen jurídico de las medidas que un Estado lesionado podía adoptar contra un Estado que hubiese cometido un hecho internacionalmente ilícito y concretamente, en principio, sobre las medidas aplicables en caso de delitos.

119. Después de escuchar la presentación del cuarto informe del Relator Especial, la Comisión examinó los proyectos de artículos 11 a 14 y el artículo 5 *bis* que figuraban en dicho informe y decidió, en su 2283.<sup>a</sup> sesión, remitirlos al Comité de Redacción. Algunos miembros se reservaron su posición sobre la cuestión de la inclusión en el proyecto de disposiciones relativas a las contramedidas.

120. Los comentarios y observaciones de los miembros de la Comisión acerca de los artículos antes mencionados y de la cuestión de las contramedidas en general se recogen en los párrafos 121 a 276 *infra*.

#### a) *Planteamiento general de la cuestión de las contramedidas*

121. El Relator Especial, recapitulando la presentación de su tercer informe que había hecho en el anterior período de sesiones de la Comisión<sup>49</sup>, señaló que el régimen jurídico de las contramedidas, que constituía el núcleo de la segunda parte del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados, era uno de los aspectos más difíciles de todo el tema. Añadió que, si bien en lo referente a las consecuencias sustantivas del hecho ilícito se podían extraer analogías del derecho interno para resolver los problemas similares que se planteaban en el plano internacional, el derecho interno no era en cambio de mucha utilidad en lo concerniente a las contramedidas. La otra dificultad que planteaba el estudio de las contramedidas era la falta, en la comunidad internacional, de todo género de vías de recurso institucionalizadas a las que se pudiese acudir contra el Estado que hubiese cometido un hecho internacionalmente ilícito. Por consiguiente, los Estados lesionados se veían obligados a recurrir principalmente, en el marco del derecho internacional general, a la autotutela; y, a este respecto, al definir las condiciones del recurso legítimo a esos me-

dios de defensa, la Comisión había de proceder con el máximo cuidado a fin de velar por que las desigualdades de hecho entre los Estados no redundasen abusivamente en provecho de los ricos y poderosos y en detrimento de los pobres y débiles.

122. Se reconoció en general que las contramedidas eran un reflejo de la estructura imperfecta de la comunidad internacional que no había conseguido todavía establecer un sistema centralizado y eficaz para hacer respetar el derecho. Se hizo observar, a este respecto, que la comunidad internacional carecía desgraciadamente de un sistema de ese género, incluso en la esfera de la paz y la seguridad internacionales, puesto que no había garantía de que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas pudiese actuar eficazmente, y que, en cualquier caso, la mayoría de los hechos internacionalmente ilícitos caían fuera de la esfera de competencia del Consejo. Al mismo tiempo, sin embargo, la evolución producida en los últimos años podía considerarse que abría alentadoras perspectivas de progreso de los nuevos planteamientos de las relaciones internacionales que había inaugurado el Pacto de la Sociedad de las Naciones y confirmado la Carta de las Naciones Unidas.

123. Se expresaron opiniones divergentes acerca de la cuestión de si las contramedidas tenían su lugar en el derecho de la responsabilidad de los Estados.

124. Según una opinión, la cuestión era si la Comisión podía considerar las modalidades de contramedidas que abarcaban más de un siglo de la práctica de algunos Estados como normas de derecho internacional y, por lo tanto, susceptibles de codificación. Esta cuestión parecía exigir una respuesta negativa, ya que no era probable que la reglamentación de las contramedidas protegiese realmente los intereses y las posiciones de todos los Estados y, por consiguiente, no haría sino agravar el injusto estado de cosas que existía actualmente. Se puso de relieve la observación del Relator Especial de que los países poderosos o ricos podían fácilmente gozar de una ventaja sobre los países débiles o pobres en el ejercicio de los medios de reparación en forma de represalias o contramedidas, y se hizo observar que los Estados lesionados que adoptaban contramedidas eran a menudo ellos mismos Estados autores de un hecho lesivo, mientras que los Estados que supuestamente habían violado sus obligaciones internacionales eran, por su parte, víctimas de la injusticia. En realidad, las represalias o contramedidas eran con frecuencia, según esta opinión, prerrogativa de los Estados más poderosos y la impropiedad del concepto de represalias o contramedidas como parte del derecho internacional general radicaba en el hecho de que era el resultado de la relación entre los Estados poderosos y los Estados débiles y pequeños en una época en que estos últimos eran incapaces de hacer valer sus derechos en el marco del derecho internacional. Por este motivo, muchos Estados pequeños consideraban el concepto de represalias o contramedidas como sinónimo de agresión o intervención, armada o no armada. En lo referente a un régimen estricto de contramedidas condicionales, como el concebido por el Relator Especial, se hizo observar que ese régimen redundaría en provecho de los Estados poderosos y en desventaja o incluso en detrimento de los Estados más débiles o más pequeños, porque la desigualdad de hecho justamente destacada por

<sup>49</sup> *Ibid.*

el Relator Especial hacía inconcebible que un Estado débil pudiera adoptar eficazmente y de buena fe contramedidas contra un Estado poderoso para lograr el cumplimiento de las obligaciones dimanantes de un hecho internacionalmente ilícito cometido por ese Estado poderoso. Se suscitó también la cuestión de si las contramedidas o represalias eran compatibles con los párrafos 3 y 4 del Artículo 2 y el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, así como con el moderno derecho internacional, habida cuenta del Artículo 103 de la Carta. Según esta opinión, por consiguiente, las contramedidas estaban fuera de lugar en el derecho de la responsabilidad de los Estados y su inclusión en el proyecto, lejos de hacerlo más aceptable, sería considerada por los Estados débiles como un intento de legitimación de conceptos inciertos y polémicos, y por los Estados poderosos como un obstáculo para el desempeño de su función de guardianes de la ley.

125. A este respecto se mencionaron, además de la Carta de las Naciones Unidas, las numerosas resoluciones de la Asamblea General que establecían el principio de no intervención en los asuntos tanto externos como internos de los Estados, entre otras la Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención y la injerencia en los asuntos internos de los Estados<sup>50</sup>. Se señaló a la atención de la Comisión el apartado *k* de la sección II del párrafo 2 de dicha Declaración, que establecía el deber de todo Estado «de abstenerse de adoptar medidas de represalia o de bloqueo económico multilaterales o unilaterales [...] contra otro Estado, en violación de la Carta de las Naciones Unidas». Se expresó la opinión de que, como esa prohibición había sido proclamada por la Asamblea General en el ejercicio de los poderes que le confería la Carta, tenía un peso político que no podía pasar por alto la Comisión. Se destacó asimismo el artículo 15 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos<sup>51</sup> que prohibía expresamente el recurso a las represalias, implicasen o no el uso de la fuerza.

126. Todos esos argumentos, así como algunos otros, debían en opinión de varios miembros inducir a la Comisión a abordar con extrema prudencia la reglamentación de las contramedidas.

127. Se destacó también, en particular, la complejidad del problema. A este respecto se hizo notar que la facultad de un Estado para recurrir a la adopción de contramedidas estaba sometida a toda una serie de condiciones intrincadas y que, mientras que los problemas que se suscitaban eran relativamente sencillos cuando la estructura de las relaciones jurídicas aplicables fuera esencialmente bilateral, dichos problemas se complicaban extraordinariamente en un marco más amplio. Ello era particularmente cierto cuando, dentro de la estructura de las relaciones jurídicas aplicables, hubiera un núcleo institucional que previera sanciones o medidas correctivas y procedimientos de solución de controversias, en cuyo caso se planteaba el problema adicional de determinar si, además de recurrir a los procedimientos establecidos en

virtud del régimen particular aplicable, cabía adoptar medidas permisibles en virtud del derecho internacional general. Se planteaba por lo tanto la cuestión de si las contramedidas serían, en la práctica, suficientemente bien comprendidas como procedimiento que la Comisión pudiera respaldar y recomendar como medio jurídico de coerción reconocido en las relaciones interestatales y en el marco del derecho internacional actual y futuro.

128. Una segunda cuestión que se planteaba en este contexto era la de si era necesario que la Comisión prescribiera que el Estado lesionado podía en efecto «tomarse la justicia por su mano», habida cuenta de las oportunidades reales de reparación que proporcionaban los procedimientos de solución de controversias, las medidas de retorsión y las protestas diplomáticas. Una tercera cuestión era la de que el objetivo del sistema de derecho internacional, que era, por definición, el establecimiento de la primacía del derecho en el ámbito internacional, no podía promoverse introduciendo, en una labor de codificación, reacciones descentralizadas a la violación de las normas. En este contexto, se hizo notar con preocupación que el propio concepto de contramedidas parecía ser contrario a algunos de los principios generales fundamentales que la comunidad jurídica internacional había llegado a aceptar, principios entre los que figuraban el de igualdad soberana de los Estados, el de igualdad ante la ley y el de solución pacífica de las controversias. Una razón adicional que se invocó para que en el tratamiento de esta cuestión se obrara con la mayor prudencia fue la de que la aplicación de contramedidas podía fácilmente conducir a abusos, no sólo como resultado de las diferencias de poder, sino también del hecho de que en muchos Estados pobres y pequeños en los que el proceso de adopción de decisiones era un tanto arbitrario y en los que no se establecía distinción alguna entre relaciones exteriores y relaciones personales, las contramedidas podían dar lugar a una escalada peligrosa para la estabilidad de la vida internacional. En relación con este problema, la prudencia era tanto más necesaria cuanto que cualesquiera salvaguardias que se adoptaran contra el empleo de medidas desproporcionadas, así como contra la utilización de contramedidas con fines punitivos, podían muy bien resultar ilusorias. Las opiniones manifestadas a este respecto se recogen en las secciones del presente informe dedicadas a las funciones de las contramedidas y al proyecto de artículo 13 (véanse párrs. 153 a 156 y 206 a 217 *infra*).

129. Muchos miembros, aun reconociendo que la cuestión de las contramedidas era muy delicada y debía ser abordada con gran circunspección, opinaron que la Comisión no podía pasar por alto las realidades de la vida internacional y debía establecer en el proyecto un régimen para las contramedidas.

130. Algunos miembros se refirieron a las distintas posibilidades de acción que se ofrecían a la Comisión. Una de ellas era declarar que el proyecto se redactaba sin perjuicio de cualquier cuestión relacionada con las contramedidas, pero esa solución se consideraba peligrosa por cuanto dejaría abierta la puerta al ejercicio subjetivo de las mismas fuerzas cuya utilización en tiempos anteriores había dado lugar a tantas críticas. La otra solución era abolir las contramedidas como parte del derecho relativo a las consecuencias de los hechos ilícitos; esta

<sup>50</sup> Resolución 36/103 de la Asamblea General, anexo.

<sup>51</sup> Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 119, pág. 4. De conformidad con el Protocolo de Reformas a la Carta, firmado en Buenos Aires el 27 de febrero de 1967, el antiguo artículo 15 pasó a ser el artículo 18 (*ibid.*, vol. 721, pág. 266).

solución se consideraba, por una parte, contraproducente, en la medida en que el proyecto podía resultar entonces inaceptable para ciertos Estados, cansados de ver cómo su conducta se ponía en tela de juicio, y, por otra parte, discutible, como señaló un miembro de la Comisión, por la razón de que las contramedidas estaban reconocidas desde hacía mucho tiempo en derecho internacional consuetudinario y en vista de la exactitud y claridad de los términos empleados en el artículo 8 de la primera parte del proyecto.

131. La inclusión en el proyecto de una prohibición de las contramedidas se calificó también de solución extrema que pasaba por alto el hecho de que en cualquier sociedad era preciso tolerar cierto grado de coerción, siempre que ésta no fuera más allá de ciertos límites. Tratar de definir los límites de las contramedidas, como había hecho el Relator Especial, constituía una actitud compatible con el reconocimiento de la CIJ en el asunto del *Estrecho de Corfú*<sup>52</sup> que, de hecho, y en tanto en cuanto ese caso suponía una operación de coacción material realizada por fuerzas armadas en las aguas territoriales de un Estado, ofrecía indicaciones sobre el umbral y la naturaleza de las contramedidas tolerables. Por eso había que instar a la Comisión a que dejara de interrogarse sobre la oportunidad de una reglamentación de las contramedidas, las cuales eran, en el estado actual de las cosas, el único medio de hacer aplicar el derecho internacional en caso de violación de una obligación internacional, y a que elaborase un régimen inspirado en el deseo de no favorecer indebidamente a los Estados poderosos y de permitir que todos los Estados pudieran hacer respetar sus derechos.

132. Muchos miembros reconocieron que la naturaleza imperfecta de los mecanismos de realización del derecho obligaba a dejar cierto margen para la acción directa e independiente de los Estados lesionados y que, dado que las contramedidas sobrevivirían indudablemente en las relaciones internacionales como medio para hacer frente a los hechos internacionalmente ilícitos, era esencial impedir el uso abusivo de las mismas. Se recordó a este respecto que, en un pasado no lejano, ciertos Estados poderosos, presuntamente perjudicados por un hecho imputado a Estados más débiles, tomaban contra éstos represalias que adoptaban la forma de expediciones militares punitivas cuya finalidad era atribuirse ventajas exorbitantes, y se formuló la cuestión de si esas prácticas, contrarias a la justicia, si no al derecho internacional, no seguían existiendo, aunque en nuevas formas. La Comisión, se agregó, no podía hacer caso omiso de ese fenómeno, aunque sólo fuera porque había consagrado una disposición específica, el artículo 30 de la primera parte del proyecto de artículos, al ejercicio legítimo de contramedidas en relación con un hecho internacionalmente ilícito.

<sup>52</sup> «La Corte no puede por menos de considerar el supuesto derecho de intervención como la manifestación de una política de fuerza, política que, en el pasado, ha dado lugar a los más graves abusos y que no puede, sean cuales fueren los presentes defectos de la organización internacional, encontrar un lugar en el derecho internacional. La intervención es quizás menos aceptable aún en la forma concreta que en este caso adoptaría por cuanto, por la propia naturaleza de las cosas, quedaría reservada a los Estados más poderosos y podría fácilmente llegar a desvirtuar incluso la administración de la justicia internacional.» (C.I.J. *Recueil* 1949, págs. 4 y ss., en especial pág. 35.)

133. Los mismos miembros instaron a la Comisión a que encaminara sus esfuerzos a desalentar la autotutela y a reducir al mínimo el ámbito de las iniciativas unilaterales permisibles. La regulación de las contramedidas se consideraba como un medio constructivo de promover el respeto del derecho, en tanto en cuanto estuviera encaminada a eliminar su componente punitivo y a procurar la cesación del hecho ilícito, es decir, a obligar a los Estados a volver al respeto del derecho y, en última instancia, a someter el litigio original a procedimientos de solución por intervención dirimente de un tercero. Se trataba, se dijo, no de cristalizar el estado actual de la cuestión, sino de identificar y completar los elementos progresivos que se desprendían de la práctica reciente con objeto de reforzar las garantías contra los posibles abusos de las contramedidas. Se hizo a este respecto la observación de que el margen de las contramedidas permisibles se estaba reduciendo como consecuencia de la aparición de nuevas oportunidades de utilización más efectivas de los mecanismos y procedimientos existentes para la solución pacífica de controversias, como consecuencia del proceso previsto en la Conferencia de Helsinki sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa y del fin de la guerra fría. Se sugirió, por consiguiente, que la Comisión dijera expresamente, ya en un artículo del proyecto, ya en un comentario, que en caso de violación de uno de sus derechos, el Estado lesionado podía recurrir no sólo a medidas unilaterales, sino también a toda una serie de medios jurídicos lícitos, que iban desde la retorsión hasta la intervención de órganos internacionales.

134. Varios miembros pusieron de relieve que, al definir el régimen de las contramedidas, debía prestarse especial atención a la situación de los Estados en desarrollo, pobres y débiles, cuya capacidad para adoptar contramedidas efectivas era evidentemente muy distinta de la de los países desarrollados, instándose a la Comisión a que no transpusiera al campo del derecho las relaciones de poder que pudieran existir en el plano político.

135. Por otra parte se hizo notar que la noción de poder era muy relativa y que ciertos países del tercer mundo no tenían nada que envidiar, en materia de contramedidas, a ciertos Estados desarrollados. Se agregó que la Comisión debía tratar de establecer normas equilibradas sin preocuparse demasiado del transfondo político.

136. Refiriéndose también a la manera general de abordar la tarea de reglamentación de las contramedidas, ciertos miembros se preguntaron si no sería mejor no pronunciarse sobre las contramedidas concertadas. A este respecto se hizo notar que la comunidad internacional organizada tenía un lugar en el proyecto de artículos, aunque las ambiciones en esta esfera fueran todavía rudimentarias. Las contramedidas, se declaró, debían ser sometidas a cierto tipo de control colectivo, pero la comunidad internacional estaba tardando en asumir esa función.

137. Algunos miembros se refirieron al papel de la práctica de los Estados en la elaboración de un régimen de contramedidas. A este respecto se hizo notar que la jurisprudencia a la que era posible recurrir se limitaba a muy pocos casos y que no era fácil deducir normas con-

suetudinarias de la práctica existente. Se hizo hincapié en la necesidad de estudiar, no sólo los comportamientos estatales que hubieran dado lugar a resoluciones judiciales y a laudos arbitrales, sino también al comportamiento de los Estados que no desembocaba en litigios y que se manifestaba tanto en el plano multilateral (por ejemplo, en la Asamblea General y en el Consejo de Seguridad) como en los planos regional y bilateral. Se dijo asimismo que la gran mayoría de los países en desarrollo de reciente independencia no había contribuido al desarrollo de la práctica actual y que la atención que se había prestado a su conducta era insuficiente, citándose a este respecto a título de ejemplo el derecho relativo a la protección de los extranjeros, que se había desarrollado a pesar del comportamiento de los pequeños Estados. Algunos miembros mantuvieron que la práctica de los Estados en la esfera de las contramedidas, en gran parte limitada a los Estados más poderosos, quizás no fuera suficientemente aceptada como base de las normas que había que elaborar en esta materia.

138. Varios miembros subrayaron que, dado lo limitado de la práctica de los Estados, la Comisión tendría fundamentalmente que realizar una tarea de desarrollo progresivo del derecho internacional y debería, por lo tanto, definir muy cuidadosamente las bases teóricas en sus trabajos y tratar de conciliar los intereses de todos los Estados cualesquiera que fueran su grado de desarrollo o su poder económico o militar. Se insistió asimismo en la necesidad de sacar las consecuencias de los grandes principios de derecho internacional, como la prohibición del recurso a la fuerza y el principio de la solución pacífica de las controversias. Se habló también del *jus cogens*, las obligaciones *erga omnes* y el reconocimiento de la existencia de las normas y principios, jerárquicamente superiores, enunciados en la Carta de las Naciones Unidas. Finalmente se recomendó que la Comisión tuviese en cuenta la realidad internacional contemporánea, los diversos sistemas jurídicos que formaban parte de ella y las exigencias del consenso.

b) *Elementos relativos a la inclusión de un régimen de contramedidas en el proyecto de artículos*

i) *Aspectos terminológicos y conceptuales de la noción de contramedidas*

139. En lo que respecta a la terminología, hubo acuerdo general con la opinión del Relator Especial de que, a los efectos del proyecto de artículos, el concepto de contramedidas era idéntico al de represalias. La mayoría de los miembros estimaron que el término «contramedidas», que era neutro y había sido utilizado por la Comisión en el artículo 30 de la primera parte del proyecto, así como por la CIJ y por tribunales arbitrales, debía preferirse al término «represalias», que daba una idea de castigo y, en la medida en que con frecuencia había estado relacionado con el uso de la fuerza, había adquirido una connotación peyorativa al aparecer en derecho internacional la prohibición del uso de la fuerza. Pero algunos miembros expresaron preferencia por el término «represalias», no obstante su desafortunada connotación. Se subrayó a este respecto que las medidas examinadas amenazaban el orden internacional y que el término «represalias» tenía la ventaja de destacar su carácter sospechoso.

140. Algunos miembros, sin embargo, subrayaron que el concepto de contramedidas era más amplio que el de represalias y abarcaba, en particular, la retorsión y, en general, todas las formas de reacción lícita contra un comportamiento ilícito. Por consiguiente, un miembro manifestó la opinión de que esa idea debía expresarse ulteriormente en uno de los artículos dedicados a las contramedidas o en el comentario.

141. Varios miembros convinieron en que el concepto de autotutela debía descartarse. Se afirmó que ese concepto carecía de todo fundamento jurídico y sólo servía para ampliar el alcance de la legítima defensa.

142. En el curso del debate se hicieron varios análisis del concepto de contramedidas. En opinión de algunos miembros las contramedidas debían considerarse como medidas provisionales o cautelares, concebidas como un medio para imponer el cumplimiento de la obligación primaria incumplida; en esa perspectiva, la acción realizada a modo de contramedida debía cesar o anularse tan pronto como el autor del hecho lesivo cumpliera su obligación primaria. Otros miembros estimaron sin embargo que debía trazarse una distinción entre medidas cautelares y contramedidas en tanto en cuanto las primeras tenían la estricta finalidad de impedir o mitigar los efectos de un hecho ilícito de carácter continuado y por consiguiente no debían someterse a requisitos previos.

143. Según otra opinión, el recurso a las contramedidas era en su origen una prerrogativa de preeminencia cuya aplicación se dejaba por entero a la discreción de los Estados, y el objetivo de la labor en curso era transformar una prerrogativa de preeminencia en una facultad de suplencia a fin de poder contener los abusos del derecho de recurrir a las contramedidas mediante la observancia del derecho. En el mismo sentido se mencionó el concepto de «desdoblamiento funcional», según el cual ciertos actos unilaterales eran realizados por el Estado en nombre de la comunidad internacional, y se hizo hincapié en la necesidad de determinar en qué medida esa acción unilateral del Estado era admisible en derecho internacional, en qué medida convenía limitar el ejercicio del derecho a realizar esa acción, si existía, y en qué medida debía prohibirse por completo.

144. Se planteó también la cuestión de si las contramedidas no debían analizarse como violaciones de una obligación internacional. A este respecto se hizo la observación de que, en virtud del artículo 30 de la primera parte, quedaba excluida la ilicitud de un hecho de un Estado si el hecho constituía una medida legítima como consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito cometido por otro Estado. Se preguntó por qué, en lugar de establecer que la contramedida era la violación de una obligación internacional que, en las circunstancias del caso, era lícita, el artículo no disponía que la contramedida era un hecho ilícito a menos que el Estado interesado pudiera demostrar que las circunstancias excluían la ilicitud. Se señaló que esta cuestión era decisiva respecto del aspecto sumamente importante de la atribución de la carga de la prueba en cada caso particular.

145. Por lo que respecta a las analogías entre las consecuencias adjetivas, procesales o de forma de los hechos internacionalmente ilícitos y los conceptos e institu-

ciones de derecho privado, se expresaron opiniones divergentes: si bien hubo acuerdo con la opinión del Relator Especial de que la cuestión de las contramedidas no tenía prácticamente ningún equivalente en los regímenes de responsabilidad del Estado reconocidos en los ordenamientos jurídicos nacionales, se señaló que algunos de los casos mencionados en los informes tercero y cuarto, por ejemplo, en relación con el principio *inadimplenti non est adimplendum*, contradecían la conclusión del Relator Especial de que quedaban casi totalmente eliminadas las analogías con las fuentes de derecho privado.

ii) *Los diversos tipos de medidas que han de tomarse en consideración en el presente contexto*

146. La mayoría de los miembros hicieron hincapié en la necesidad de adoptar un planteamiento restrictivo del concepto de la legítima defensa y en que había que atenerse estrictamente a la posición tomada por la Comisión en el artículo 34 de la primera parte del proyecto. La relación entre el párrafo 4 del Artículo 2 y el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas se consideró como la mejor prueba de la latitud permitida, interpretando estrictamente el Artículo 51, porque una interpretación amplia daría lugar a abusos por parte de los Estados más fuertes. Este aspecto se abordó también en el contexto del examen del proyecto de artículo 14 (véase párr. 228 *infra*).

147. Sin embargo, algunos miembros expresaron dudas acerca de la inclusión de la legítima defensa en el presente contexto. Se señaló que según el párrafo 3 del comentario al artículo 30 de la primera parte<sup>53</sup>, el término «contramedidas» no implicaba el uso de la fuerza armada y que además la Comisión distinguía entre contramedidas (objeto del artículo 30) y legítima defensa (objeto del artículo 34). Así pues, se declaró que la legítima defensa no entraba en el ámbito de las contramedidas. Algunos miembros insistieron en que la Comisión podía y debía evitar ocuparse, en el presente contexto, de cuestiones relacionadas con el párrafo 4 del Artículo 2 y el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas.

148. Varios miembros señalaron además que los informes tercero y cuarto pretendían abarcar las contramedidas aplicables en el caso de los delitos, mientras que en el artículo 19 de la primera parte del proyecto, así como en el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, la legítima defensa era una respuesta a un crimen. La inclusión de la legítima defensa en ambos informes hacía ver, en su opinión, la dificultad de tratar por separado, en lo que respecta a las contramedidas, los delitos y los crímenes. Según otra opinión, la cuestión de la legítima defensa debía abordarse cuando la Comisión examinara las consecuencias *sustantivas* o de fondo de los crímenes internacionales, puesto que sólo se planteaba en relación con violaciones de la prohibición del uso de la fuerza, que era una norma imperativa de derecho internacional. También se hizo mención de la estrecha relación entre el derecho de legítima defensa y otras «medidas adjetivas» previstas en

la Carta de las Naciones Unidas en respuesta a actos que amenazasen la paz y la seguridad internacionales.

149. Hubo acuerdo general con la opinión del Relator Especial de que el término «sanciones» debía limitarse a las medidas adoptadas por un órgano internacional. Algunos miembros mencionaron a este respecto el Consejo de Seguridad como el ejemplo más obvio.

150. Varios miembros convinieron con el Relator Especial en que las *medidas de retorsión* no tenían cabida en un proyecto sobre la responsabilidad de los Estados puesto que eran medidas lícitas, aunque inamistosas, a las que se podía recurrir aun cuando el Estado contra el que se aplicaran no hubiera cometido ningún hecho internacionalmente ilícito. Otros miembros preconizaron no obstante un enfoque más matizado. Algunos de ellos señalaron que la disponibilidad y efectividad de las medidas de retorsión podrían plantear cuestiones en cuanto a la necesidad de que un Estado recurriese a contramedidas. Varios otros miembros observaron que había que hacer una distinción según que la medida de retorsión fuese una respuesta a un acto inamistoso o a un hecho ilícito, y que en el segundo caso entraba en el marco del tema y quedaba sometida al principio de la proporcionalidad. Se dijo también que la retorsión no siempre podía considerarse como una acción legítima puesto que, como reconocía el Relator Especial, había circunstancias en que un Estado, en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, debía abstenerse de adoptar contramedidas y medidas de retorsión. Además, se señaló el hecho de que la retorsión o presión económica estaba prohibida, por ejemplo en el artículo 16 de la Carta de la OEA<sup>54</sup>, y que no había razón alguna para que la Comisión no se inspirara en lo que ya existía en el plano regional.

151. En cuanto a las *medidas de reciprocidad*, se señaló que su característica distintiva residía en el hecho de que su aplicación podía tener por objeto obtener la cesación del hecho ilícito y el cumplimiento de la obligación secundaria de reparación en el sentido amplio del término o provocar una modificación de la obligación primaria entre los Estados interesados, conduciendo a una norma diferente de la obligación inicial. No obstante, se acordó en general que no debían considerarse como una categoría aparte de contramedidas ni merecían un tratamiento especial. Más bien se consideraron como una aplicación particular del concepto más amplio de reciprocidad que se extendía a varias esferas del derecho internacional y de las relaciones internacionales. Se sugirió que se tratasen en el contexto de la cuestión de la proporcionalidad. No obstante, algunos miembros sostuvieron que la idea de reciprocidad podía desempeñar un papel útil si se limitaba a cuestiones de relaciones diplomáticas y consulares.

152. En lo que respecta al *régimen de suspensión y terminación de los tratados* a título de contramedida, predominó la opinión de que la Comisión tenía que tomar como base en todo lo posible la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y, en particular, su artículo 60. No obstante, se señaló a la atención la posible confusión entre el régimen de suspensión y terminación de los tratados, que formaba parte del derecho de los

<sup>53</sup> *Anuario...* 1979, vol. II (segunda parte), pág. 138.

<sup>54</sup> Véase nota 51 *supra*.

tratados, y las consecuencias del incumplimiento de un tratado, que dependían más directamente del derecho de la responsabilidad. A este respecto, se señaló que en virtud de las normas de Viena, que en relación con la responsabilidad de los Estados debían considerarse presumiblemente como *leges especiales*, tenían que cumplirse ciertos requisitos de procedimiento antes de la suspensión o terminación de un tratado. Se consideró desconcertante que las contramedidas en general se sometiesen a un régimen relativamente liberal mientras que la simple suspensión de un tratado requiriera un procedimiento complejo que los Estados podrían considerar excesivamente engorroso a efectos prácticos. Asimismo, se destacó, por una parte, que la Comisión debía limitar el derecho a suspender o a dar por terminado un tratado a los casos en que hubiese violación material de una obligación internacional y excluirlo totalmente en el caso de los tratados de carácter humanitario y de los tratados que comprendían obligaciones «indivisibles» o «integrales», con el fin de mantener el principio *pacta sunt servanda*, y, por otra parte, que la Comisión debía pensar en limitar más aún el derecho a suspender y dar por terminados los tratados exigiendo la existencia de un estrecho vínculo entre la violación de una obligación internacional y el tratado pertinente.

### iii) Funciones de las contramedidas

153. Muchos miembros subrayaron que la Comisión debía centrarse en la cesación y el recurso a un modo acordado de solución como justificación de las contramedidas y desviarse del concepto de represalias punitivas, que no tenía cabida en el derecho internacional contemporáneo. A este respecto, se señaló que la mayoría de las violaciones de derecho internacional se debían simplemente a negligencia y que, en las relaciones entre sujetos con la misma posición jurídica en derecho internacional, ninguno de ellos podía erigirse en «juez», en particular sobre la base de evaluaciones subjetivas. También se dijo que si a las contramedidas se les atribuía una función punitiva, estarían reservadas a los Estados que tenían los medios de castigar, lo que plantearía de nuevo el problema de la desigualdad entre los Estados. Tomar como base la norma de la proporcionalidad para atemperar los excesos en cuanto a las intenciones punitivas se consideró inútil en la medida en que el significado concreto de la proporcionalidad no siempre estaba claro. Por consiguiente, se sugirió que se dispusiera expresamente en el proyecto que a las represalias no debía reconocérseles una función punitiva, independientemente del motivo que indujera al Estado lesionado a tomarlas. Otras posibilidades que se mencionaron fueron la inclusión de un artículo por el que se prohibiera a los Estados tomar represalias o contramedidas punitivas o disponer en algún lugar del proyecto que las contramedidas constituirían un recurso destinado a inducir al Estado autor de la infracción a reemprender el camino de la licitud.

154. No obstante, se planteó la cuestión de si la exclusión de los elementos punitivos de las funciones de las contramedidas no proporcionaba una garantía ilusoria frente a los abusos, puesto que era difícil en la práctica distinguir entre aspectos punitivos y compensatorios. A este respecto, se señaló que la presencia de una intención punitiva solía deducirse de las declaraciones que normalmente acompañaban la adopción de contramedidas y

podía ocultarse con mayor o menor habilidad según el grado de refinamiento del mecanismo jurídico de que se tratase.

155. No obstante lo que precede, algunos miembros estimaron que el concepto de castigo podía tener alguna importancia en el contexto de las contramedidas, por una parte en relación con los crímenes internacionales que afectaban a los derechos fundamentales de la comunidad internacional y, por otra, en la etapa de la solución pacífica de la controversia.

156. La cuestión de las funciones de las contramedidas se abordó también en relación con el debate sobre el artículo 11 (véase párr. 179 *infra*).

### iv) La distinción entre crímenes y delitos en el contexto de las contramedidas

157. Varios miembros de la Comisión subrayaron que en los informes tercero y cuarto se pretendía tratar de las contramedidas aplicadas a los delitos, aplazándose hasta una etapa posterior el examen de medidas análogas en el caso de los crímenes internacionales.

158. Algunos de ellos observaron sin embargo que de hecho en los informes se abordaba la cuestión de las medidas aplicables a los crímenes, dado que la mayoría de los ejemplos mencionados se referían al uso de la fuerza armada, actos de terrorismo, secuestro de diplomáticos, intervención masiva en los asuntos internos de los Estados, y otros casos. Se señaló que esas medidas habían de ser examinadas sólo como reacciones frente a crímenes, dado que la exigencia de la proporcionalidad las prohibía si no tenían otro objeto que responder a delitos. Se expresaron dudas sobre la posibilidad de tratar por separado, en lo que respecta a las contramedidas, los crímenes y los delitos.

159. El Relator Especial recordó que su intención era no abordar las consecuencias de los crímenes hasta una etapa ulterior. No sabiendo de los crímenes más que lo que se decía en el artículo 19 de la primera parte del proyecto, había preferido partir de lo que le era menos ajeno para avanzar progresivamente hacia lo desconocido. Por su parte se inclinaba a pensar que no existía una línea de demarcación muy clara entre crímenes y delitos y que se pasaba insensiblemente de unos a otros. Añadió que los ejemplos mencionados en los informes tercero y cuarto no se referían únicamente a los crímenes.

### v) La relación entre la reglamentación de las contramedidas y la tercera parte del proyecto sobre la solución de controversias

160. Un miembro expresó la opinión de que como el proyecto de 1985 del anterior Relator Especial, que contenía la tercera parte relativa a la solución de las controversias, no podía considerarse generalmente aceptable, no era razonable basar el proyecto de la segunda parte en la creencia de que los gobiernos estaban dispuestos a aceptar la tercera parte, que imponía un procedimiento de solución eficaz, es decir, un procedimiento que pudiera dar una respuesta preceptiva con respecto a la ilicitud del acto inicial y determinar una rápida reparación. Se señaló que si bien los Estados podían aceptar ese

régimen de solución de controversias en un caso particular, y la segunda parte podía configurarse de manera que se les alentase a hacerlo así, no era realista suponer la aceptación general de ese régimen para el conjunto del derecho internacional y formular la segunda parte sobre esa premisa.

161. Por otra parte, se señaló que unos procedimientos de solución de controversias eficaces con participación de terceros eran una condición *sine qua non* del derecho internacional moderno en general, pero en particular en la esfera de la responsabilidad de los Estados y las contramedidas, por ofrecer, como lo hacían, protección a los Estados más pequeños y militarmente más débiles. Se destacó el hecho de que la incorporación de esos procedimientos en tratados normativos importantes era hoy menos difícil que en el pasado. Por consiguiente, se alentó a la Comisión a hacer todo lo posible por incluir un sistema de esa índole en la tercera parte del proyecto.

162. Habida cuenta de la divergencia de opiniones que se recoge en los párrafos 160 y 161 *supra*, se sugirió que se excluyeran del tema los artículos sobre las contramedidas y las disposiciones sobre la solución de controversias, prestándose esa última cuestión a un tratamiento aparte puesto que no guardaba una relación intrínseca con el tema de la responsabilidad de los Estados.

163. El Relator Especial se opuso a este planteamiento y señaló que la inclusión de unas contramedidas cuidadosamente definidas era indispensable porque representaban, de momento, el medio más importante para garantizar el respeto mínimo de las obligaciones internacionales y que los procedimientos de solución de controversias eran también esenciales porque representaban la única manera de impedir el abuso de las contramedidas. Señaló además que toda reglamentación de las contramedidas que no corriera pareja con unos procedimientos de solución de las controversias encerraba el riesgo de que se cometieran abusos en detrimento de los Estados más débiles y más pobres. Señaló que la Comisión quizás había tenido presente el riesgo de abuso cuando previó, en el plan aprobado en 1975, que las partes primera y segunda del proyecto podrían ir seguidas de una tercera parte relativa a la aplicación, que entre otras cosas tendría por objeto compensar los graves inconvenientes que presentaban las contramedidas unilaterales a falta de controles institucionales internacionales. El Relator Especial estimó que si la tercera parte se redactaba de una manera imaginativa, aunque prudente, establecería un sistema igualitario y democrático que abarcara todos los medios previstos en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas y previese órganos formados por personas elegidas especialmente por el Estado lesionado y el Estado autor de la infracción. Ciertamente, de la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas<sup>55</sup> se desprendía que la aceptación de antemano de ese sistema no podía ser considerada por ningún Estado como incompatible con la igualdad soberana. En su opinión, la Comisión faltaría gravemente a su deber si no dedicara la máxima atención a los procedimientos de solución pacífica. Recordó a este

respecto que por lo menos dos de las cuatro clases de controversias mencionadas en el párrafo 2 del Artículo 36 del Estatuto de la CIJ correspondían al ámbito de la responsabilidad de los Estados y que las controversias que podían resolverse por arreglo judicial también podían resolverse por arbitraje. Las reservas que en 1985 y 1986 suscitaron los proyectos de artículos de la tercera parte elaborados por el anterior Relator Especial no debían desalentar a la Comisión. La situación internacional actual era totalmente diferente y más alentadora.

#### vi) Condiciones de la legalidad de las contramedidas

164. Las condiciones de la legalidad de las contramedidas se enunciaban en los tres primeros artículos propuestos por el Relator Especial en su cuarto informe, a saber, los artículos 11, 12 y 13.

#### ARTÍCULO 11 (Contramedidas aplicadas por el Estado lesionado)<sup>56</sup>

165. Al presentar este proyecto de artículo, el Relator Especial destacó que, conforme al texto propuesto, el recurso legítimo a contramedidas suponía: a) la existencia real de un hecho internacionalmente ilícito y b) la presentación previa por el Estado lesionado de una «demanda» de cesación y reparación, un requisito que ponía de relieve una de las diferencias entre contramedidas y legítima defensa. La referencia a la falta de «respuesta debida» trataba de satisfacer la exigencia de seguridad para las dos partes así como la necesidad de flexibilidad. El texto propuesto dejaba además claramente sentado que el derecho a recurrir a contramedidas estaba sujeto a las importantes condiciones y restricciones establecidas en los artículos siguientes. Con respecto a la finalidad de las contramedidas, el Relator Especial indicó que, aunque era probable que la intención punitiva estuviera presente en la mente de los órganos del Estado que decidía recurrir a una contramedida contra el Estado que cometía un hecho ilícito, no era conveniente reconocer al Estado lesionado el derecho correspondiente de sancionar. En consecuencia, el texto guardaba silencio en lo referente a la finalidad de las contramedidas, ya que parecía preferible dejar esta cuestión a la práctica de los Estados, quedando entendido que se aplicaba siempre la norma general de proporcionalidad.

166. La existencia de un hecho internacionalmente ilícito se reconocía como condición *sine qua non* para recurrir legítimamente a contramedidas. Se señaló a este respecto que los hechos que correspondían a las categorías definidas en los artículos 29 y 31 a 34 de la primera parte no eran ilícitos, y que la Comisión no debía preocuparse de las respuestas a tales hechos. Otro requisito mencionado a este respecto fue que el he-

<sup>56</sup> El proyecto de artículo 11 propuesto por el Relator Especial era el siguiente:

#### «Artículo 11. — Contramedidas aplicadas por el Estado lesionado

»El Estado lesionado cuyas demandas formuladas a tenor de lo dispuesto en los artículos 6 a 10 no hayan obtenido del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito la respuesta debida podrá, sin perjuicio de las condiciones y restricciones enunciadas en los artículos siguientes, abstenerse de cumplir una o varias de sus obligaciones para con ese Estado.»

<sup>55</sup> Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, anexo.

cho ilícito debería tener consecuencias inaceptables o importantes y no tratarse de un simple hecho técnico de escasa importancia.

167. Con respecto a la cuestión de si la convicción de buena fe del Estado interesado era suficiente, algunos miembros estimaron que en el momento en que el Estado que se consideraba lesionado pensaba en recurrir a contramedidas, la existencia del hecho internacionalmente ilícito no se determinaba mediante ninguna comprobación objetiva: sólo intervenía la convicción de buena fe del Estado que aplicaba las contramedidas. También se hizo referencia a este respecto a la doctrina latinoamericana, que consideraba que debía haber, en el pensamiento del Estado que recurría a una contramedida, por una parte, un elemento material —la existencia de un hecho ilícito— y, por otra parte, un elemento psicológico, la convicción de que el recurso a la contramedida era la forma adecuada de proceder. Otros miembros estimaron que la convicción de buena fe del Estado que había sido o iba a ser lesionado por un hecho internacionalmente ilícito no bastaba por sí misma. A su juicio, debían converger varios indicios objetivos (negativa a negociar o negativa a aceptar el recurso a un procedimiento de solución) para crear una presunción de que se había cometido un hecho ilícito.

168. La cuestión de quién debía determinar la existencia de un hecho internacionalmente ilícito se consideró como un ejemplo del dilema inherente a la cuestión de las contramedidas, ya que si tal determinación corría a cargo del Estado supuestamente lesionado, ello beneficiaría a los Estados más poderosos, en tanto que si se dejaba el asunto a la decisión de un tercero cabía preguntarse por qué había que recurrir a las contramedidas en vez de iniciar el proceso de solución por intervención de un tercero. Sin embargo se señaló que un Estado que basaba su conducta en la existencia de un hecho internacionalmente ilícito actuaba por su propia cuenta y riesgo y podía ser considerado responsable si resultaba que en realidad no se había conculcado ninguno de sus derechos.

169. Algunos miembros expresaron la opinión de que la base para recurrir legítimamente a contramedidas no era tanto el hecho internacionalmente ilícito como el daño causado por ese hecho. El empleo en el artículo 11 de las palabras «Estado lesionado» se consideró insuficiente a este respecto, y se sugirió que se incluyese una referencia a la naturaleza y gravedad del daño sufrido. Se estimó que este enfoque tenía la triple ventaja de limitar los abusos del recurso a las contramedidas, de restringir el número de Estados que podían reivindicar el derecho a recurrir a estas medidas y de reducir el riesgo de evaluaciones subjetivas. A este respecto, se hizo referencia a la definición de las contramedidas formulada por el Relator Especial como «conjunto de reacciones del Estado frente a una infracción del derecho internacional que le causa un perjuicio». Se expresó la opinión de que esta definición debería figurar en alguna parte del proyecto de artículos a fin de precisar debidamente que, si bien era la infracción del derecho internacional lo que originaba la responsabilidad, lo que autorizaba las reacciones al hecho ilícito era el daño, y que a falta de daño no cabían ni la reparación ni las contramedidas. Se observó que esta distinción tenía consecuencias prácticas

ya que, a falta del requisito del daño, toda violación del derecho daría lugar a contramedidas, con el resultado de que los más poderosos podrían erigirse libremente en gendarmes del mundo y hacer triunfar, no el derecho, sino su concepción del mismo. A este respecto, se expresó la opinión de que si bien cabía imaginar que se asignase a las contramedidas una función punitiva en el caso de los crímenes, no podía decirse lo mismo en el caso de los delitos a los que pretendían referirse el artículo 11 y los artículos siguientes.

170. Con referencia a las opiniones recogidas en el párrafo 169 *supra*, el Relator Especial indicó que la existencia de un daño era, por supuesto, una condición del recurso legítimo a las contramedidas siempre que se interpretase la palabra «daño» en su sentido amplio, que incluía el daño jurídico o moral; enfoque que la Comisión había adoptado en el artículo 5 de la segunda parte aprobado en primera lectura<sup>57</sup>. Dicho esto, la contramedida debía ser legítima con relación al daño o la lesión sufridos, y aquí entraba la cuestión de la proporcionalidad. Con respecto a los abusos a que podía dar lugar el empleo de contramedidas, el Relator Especial indicó que la historia reciente demostraba que estos abusos no eran exclusivos de los Estados poderosos.

171. Con respecto a la cuestión de la protesta previa y la previa demanda de cesación o reparación, hubo acuerdo en que debía notificarse previamente la infracción cometida al presunto Estado autor, en la medida en que el presunto agente tenía derecho a saber qué obligación había violado. Se hizo observar que este requisito no debía implicar una demora excesiva habida cuenta del progreso de las comunicaciones.

172. Si bien algunos miembros estimaban que, al subordinar el derecho del Estado lesionado a recurrir a las contramedidas al fracaso previo de sus demandas de cesación y reparación, se establecía una garantía eficaz contra el recurso abusivo y prematuro a las contramedidas, otros consideraron excesivo exigir al Estado lesionado que formulase con precisión las demandas de reparación antes de poder aplicar contramedidas. Se dijo que esta cuestión no debía aparecer sino mucho más tarde en el marco del proceso de solución pacífica.

173. El Relator Especial convino en que no era necesario que la demanda se formulase en términos tan precisos como en un asunto sometido a la CIJ o a un tribunal arbitral, y señaló además que, incluso en estos foros, tenía lugar un proceso de refinamiento de la demanda entre el momento de su presentación y el de la formulación de las conclusiones. A su juicio, sin embargo, la demanda o reclamación previa debía ser suficientemente precisa para que el presunto Estado autor del hecho ilícito pudiese formular «la respuesta debida», es decir, una respuesta basada en una evaluación razonable de los hechos y de las consecuencias. El Relator Especial añadió que en la práctica, como lo demostraba un caso actual, los Estados poderosos tendían a aplicar contramedidas sin preocuparse demasiado de los requisitos previos y sobre la base de acusaciones vagas y aproximadas.

174. Si bien el requisito de la demanda previa se consideró como un rasgo que indicaba las diferencias entre

<sup>57</sup> Véase nota 41 *supra*.

las contramedidas y las medidas provisionales o cautelares, se observó que éstas debían respetar ciertas condiciones previas mínimas.

175. Algunos miembros consideraron la hipótesis de que sobrevinieran hechos nuevos en el intervalo entre la constatación de la falta de reparación del daño y la aplicación de las condiciones previas para el ejercicio de contramedidas. Así se consideró la posibilidad de que sobreviniese un acontecimiento imputable al Estado lesionado que no guardara relación con el hecho internacionalmente ilícito originalmente cometido. Se preguntó a este respecto si la noción de equivalencia de condiciones que en principio implicase indemnización no debería considerarse como una excepción al ejercicio de contramedidas. Se mencionó también que el recurso a contramedidas debería estar sujeto al requisito de que el Estado autor del hecho ilícito no hubiese tomado a su vez medidas adecuadas.

176. El Relator Especial indicó que la primera de estas hipótesis podría quedar atendida en virtud del criterio de la proporcionalidad. En cuanto a la segunda, sugirió que se tuviese en cuenta mejorando la redacción del texto o ampliando en el comentario el concepto de «respuesta debida».

177. Se consideró que la fórmula «abstenerse de cumplir una o varias de sus obligaciones» tenía la ventaja de englobar sucintamente toda la panoplia de posibles medidas a que podía recurrir el Estado lesionado y de eludir complejos problemas de definición. Varios miembros sugirieron, sin embargo, que se sustituyeran las palabras «abstenerse de cumplir» por «suspender el cumplimiento de», con el fin de subrayar el carácter temporal de las contramedidas o, lo que a juicio de algunos era aun mejor, que se enunciara expresamente que las contramedidas debían cesar en cuanto alcanzasen su objetivo, y que sólo pudiera recurrirse a ellas para lograr que el Estado autor del hecho lesivo cumpliera sus obligaciones secundarias de fondo. A este respecto, se hizo una distinción entre las contramedidas temporales y las definitivas, y se expresó la opinión de que las contramedidas, incluso cuando se tomasen en respuesta a un hecho ilícito de consecuencias irreversibles, debían tender a lograr la cesación y reparación y, por lo tanto, ser de carácter reversible. A este respecto, se evocó la hipótesis de que un Estado A, titular de un crédito no pagado contra un Estado B, nacionalizase un bien del Estado B y obtuviese posteriormente el reembolso de la deuda. Se emitió la opinión de que en semejante caso debería interrumpirse o invertirse la contramedida adoptada.

178. Algunos miembros estimaron que la sugerencia de sustituir las palabras «abstenerse de cumplir» por «suspender el cumplimiento de» merecía ulterior reflexión, ya que implicaba el riesgo de restringir el ámbito de aplicación de las contramedidas a las obligaciones de carácter continuo y de excluir las obligaciones que exigiesen el logro de un resultado concreto. Se subrayó igualmente que ciertas obligaciones no podían ser suspendidas materialmente y que habría que encontrar una palabra que combinase suspensión y revocación.

179. Con respecto a la finalidad punitiva o de estricta reparación de las contramedidas, se reconoció que, según se explicaba en particular en el cuarto informe del Rela-

tor Especial, la omisión deliberada en el artículo 11 de una referencia a la finalidad de las contramedidas no excluía la función punitiva, como lo demostraba el proyecto de artículo 10 relativo a la satisfacción y garantías de no repetición propuesto por el Relator Especial. Sin embargo, se señaló que había una diferencia importante entre las consecuencias sustantivas y las consecuencias adjetivas de los hechos internacionalmente ilícitos. A decir verdad, varios miembros estimaron que el artículo 11 era inadecuado en relación con las contramedidas y, como se indica en el párrafo 153 *supra*, otros miembros sugirieron que se excluyese expresamente la función punitiva de las contramedidas.

180. Con respecto al requisito de la reversibilidad (véase párr. 177 *supra in fine*) y a los objetivos legítimos de las contramedidas, el Relator Especial destacó que incluso si las contramedidas se limitaban expresamente a la cesación y reparación, el elemento punitivo seguiría presente, tanto en las consecuencias sustantivas como en las consecuencias adjetivas de los hechos internacionalmente ilícitos, y que la forma de hacer frente al problema consistía en evitar las contramedidas excesivas mediante el requisito de la proporcionalidad.

181. Habida cuenta de que la norma enunciada en el artículo 11 implicaba límites rígidos en cuanto a las obligaciones a las que era susceptible de aplicarse, se sugirió que el texto propuesto fuese seguido inmediatamente de un artículo o un párrafo en el que se enumerasen las categorías de obligaciones que no podían ser objeto de contramedidas o incluso, lo que naturalmente sólo podría hacerse en segunda lectura, que se incluyese esta enumeración en el artículo 30<sup>58</sup> de la primera parte, de conformidad con el procedimiento que se había adoptado en los artículos 29<sup>59</sup> y 33<sup>60</sup>.

182. Se hicieron, entre otros, los siguientes comentarios: *a*) la palabra «contramedidas» debía figurar en el texto del artículo y no sólo en el título; *b*) las palabras «cuyas demandas... no hayan obtenido del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito la respuesta debida» podrían eliminarse, ya que en el artículo 12 se enunciaba el requisito equivalente; *c*) no estaba claro si la frase «no hayan obtenido... la respuesta debida» incluía el caso de falta de respuesta; y *d*) tal vez fuese útil exigir la existencia de un vínculo entre la obligación suspendida y la obligación violada a fin de limitar la libertad de acción del Estado que adoptaba contramedidas y de reducir el riesgo de abuso de los poderosos.

#### ARTÍCULO 12 (Condiciones del recurso a las contramedidas)<sup>61</sup>

183. Al presentar este proyecto de artículo, el Relator Especial explicó que en el apartado *b* del párrafo 1 se

<sup>58</sup> *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 32.

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> El proyecto de artículo 12 propuesto por el Relator Especial era el siguiente:

«Artículo 12.—Condiciones del recurso a las contramedidas

»1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 2 y 3, el Estado lesionado no adoptará ninguna medida de la índole indicada en el artículo anterior hasta que:

(Continuación en la página siguiente.)

formulaba explícitamente una condición que ya venía implícita en el artículo 11 con sus referencias a las «demandas» y a la «respuesta debida». El requisito de comunicación de intención, en la forma y en el momento debidos, era a juicio del Relator Especial tan importante, en el contexto de las contramedidas, que debía ser ya mencionado en la segunda parte en lugar de quedar relegado a la tercera, en la que había de regularse el problema suplementario de la nueva obligación general relativa a la solución de controversias acerca de la interpretación y aplicación de las normas contenidas en el proyecto. El apartado a del párrafo 1 y el apartado a del párrafo 2 trataban del requisito del agotamiento previo por el Estado lesionado de los procedimientos de solución de controversias. Con arreglo a la primera de esas disposiciones, los procedimientos de solución «disponibles» eran los previstos por el derecho internacional general, la Carta de las Naciones Unidas o cualquier otro instrumento de solución de controversias en que fuera parte el Estado interesado; quedaban, pues, incluidos todos los medios enumerados en el Artículo 33 de la Carta, desde las formas más simples de negociación hasta los procedimientos más complejos de arreglo judicial. Al dar un alcance tan amplio a la expresión «procedimientos... a su disposición», en lugar de limitarla, conforme a la intención del anterior Relator Especial, a los procedimientos de solución con intervención de tercero que pudieran ponerse en marcha de modo unilateral, el apartado a del párrafo 1 imponía al Estado lesionado la mayor limitación posible para impedirle que recurriera a las contramedidas. Por su parte, el apartado a del párrafo 2 suavizaba el carácter categórico del requisito que se establecía en el apartado a del párrafo 1 al disponer que dicho requisito no se aplicaría si el Estado que hubiera cometido el hecho internacionalmente ilícito no cooperaba de buena fe en la elección y aplicación de los procedimientos de solución disponibles.

184. Algunos miembros se refirieron en general a la cuestión del cumplimiento de las obligaciones relacionadas con la solución de controversias como condición de licitud de la adopción de contramedidas. A este respecto, se dijo que, aunque la tarea de realzar el papel y ampliar

(Continuación de la nota 61)

»a) haya agotado todos los procedimientos de solución amistosa a su disposición según el derecho internacional general, la Carta de las Naciones Unidas o cualquier otro instrumento de solución de controversias en que sea parte, y

»b) haya comunicado su intención en la forma y en el momento debidos

»2 La condición enunciada en el apartado a del párrafo precedente no se aplicará:

»a) si el Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito no coopera de buena fe en la elección y aplicación de los procedimientos de solución disponibles,

»b) a las medidas cautelares adoptadas por el Estado lesionado, hasta que un órgano internacional haya resuelto sobre la admisibilidad de esas medidas en el marco de un procedimiento de solución por intervención dirimente de un tercero;

»c) a cualesquiera medidas adoptadas por el Estado lesionado si el Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito no da cumplimiento a la medida cautelar dictada por ese órgano

»3. Las excepciones enunciadas en el párrafo precedente no se aplicarán en los casos en que la medida prevista no esté en conformidad con la obligación de solucionar las controversias de manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia.»

la gama de los medios pacíficos destinados a la solución de controversias sería abordada por la Comisión cuando ésta examinase la tercera parte del proyecto, se trataba de una cuestión que debía tenerse en cuenta incluso en el examen de las condiciones de admisibilidad de las contramedidas unilaterales. Varios miembros se refirieron en este contexto al párrafo 3 del Artículo 2 y al Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, así como a los sistemas regionales cuyos miembros estaban obligados a agotar todos los medios disponibles para la solución pacífica de controversias antes de adoptar cualquier medida que pudiera suponer la violación de una norma de derecho internacional. Se mencionó asimismo la resolución de 1934 del Instituto de Derecho Internacional<sup>62</sup>, resolución en la que se establecía, entre otras cosas, que cuando existieran mecanismos para la solución de controversias, no se justificaban en modo alguno las represalias.

185. Se manifestó, sin embargo, por otra parte, la opinión de que las obligaciones relativas a la solución pacífica de controversias no eran las únicas que debían tomarse en consideración, y que la utilización unilateral de contramedidas estaba ya en primer lugar limitada por la aplicación de las disposiciones contenidas en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, con arreglo a las cuales la facultad de los Estados de recurrir a esas contramedidas desaparecía desde el momento en que el Consejo de Seguridad decidiera aplicar sanciones de conformidad con los Artículos 41 y 42 de la Carta. Se agregó, además, que esa misma facultad podía estar sometida a otras restricciones en el marco, por ejemplo, de la OACI, o cuando la CIJ hubiera indicado medidas cautelares. Se lamentó, en consecuencia, que el Relator Especial se hubiera centrado exclusivamente en el cumplimiento de las obligaciones relativas a la solución de controversias y hubiera pasado por alto las limitaciones dimanantes de las facultades de los órganos competentes de las organizaciones internacionales. Se hizo hincapié, en este contexto, en la necesidad general de dar carácter colectivo a las contramedidas, convirtiéndolas en sanciones de la comunidad internacional organizada. De otras observaciones sobre este punto se da cuenta en las secciones consagradas a los artículos 2 y 4 de la segunda parte adoptados en primera lectura (véanse párrs. 251 a 259 y 260 a 266 *infra*).

186. En su respuesta, el Relator Especial indicó que el concepto de «medidas colectivas» o contramedidas aplicadas como sanciones de la «comunidad internacional organizada» podía ser aceptable en el contexto de sistemas de tratados igualitarios que establecieran garantías de cumplimiento de las obligaciones previstas en el marco de un régimen regional o especializado, aunque siempre con prudencia y manteniendo la posibilidad de que los Estados interesados recurrieran de todas formas, en caso de necesidad, a las garantías establecidas en virtud del derecho internacional general. En lo concerniente, en particular, a la mención que un miembro había hecho de los Artículos 41 y 42 de la Carta de las Naciones Unidas, el Relator Especial señaló la necesidad de obrar con cautela a este respecto, habida cuenta de la estructura del organismo internacional que tenía a su cargo la aplicación de esos artículos. Por esa misma razón el

<sup>62</sup> *Annuaire de l'Institut du droit international*, 1934, vol. 38, París, 1934, pág. 708.

Relator Especial había expresado las graves dudas que le inspiraba el artículo 4 de la segunda parte tal como había sido aprobado en primera lectura<sup>63</sup>.

187. Refiriéndose concretamente al texto propuesto, se habló de la condición que se establecía en el apartado *a* del párrafo 1 como pieza fundamental del concepto de contramedidas y de la función de éstas en el sistema concebido para reparar la situación creada por un hecho internacionalmente ilícito. Se subrayó también que, para evitar que el Estado lesionado tuviera libertad absoluta para ser juez en un asunto en el que también era parte, y a falta, como había dicho el Relator Especial, de un marco institucional adecuado, era importante hacer del agotamiento de los procedimientos de solución pacífica disponibles condición previa del recurso a las contramedidas, sobre todo teniendo en cuenta la gran desigualdad que se manifestaba entre los Estados en el ejercicio de su facultad de aplicar contramedidas y de la ventaja de que disponían en esta esfera los Estados poderosos o ricos, a falta de compromisos adecuados de solución mediante intervención dirimente de terceros.

188. Aun reconociendo la necesidad de eliminar la subjetividad en la apreciación de la existencia y de la gravedad del hecho ilícito, así como la de reforzar la credibilidad de los métodos de solución de controversias, se hizo notar que la relación entre contramedidas y procedimientos de solución pacífica era una relación compleja, ya que la adopción de contramedidas podía justificarse como medio para incitar al Estado autor del hecho ilícito a utilizar un procedimiento de solución, pero también como método subsidiario aplicable cuando no se recurriera a un procedimiento de solución o en caso de fracaso de tal procedimiento. Se insistió además en la necesidad de encontrar el debido equilibrio entre el deseo de controlar el recurso a las contramedidas y el de no privilegiar al Estado culpable, estableciendo para ello, por ejemplo, plazos para impedir que ese Estado utilizase tácticas dilatorias, o permitiendo al Estado lesionado adoptar medidas provisionales con objeto de proteger sus derechos.

189. En relación con este punto se manifestó la opinión de que era injusto favorecer al Estado autor del hecho ilícito requiriendo, como condición previa, el agotamiento de todos los procedimientos de solución amistosa a su disposición según el derecho internacional general. Esa condición se consideraba incompatible con la jurisprudencia más clara que existía acerca de la cuestión, la del arbitraje de 1978 entre Francia y los Estados Unidos en el asunto relativo al *Acuerdo de servicios aéreos*<sup>64</sup>, y como una probable penalización de los Estados que hubieran aceptado el mayor número posible de procedimientos de solución de controversias. Se sugirió, en consecuencia, que se prohibieran simplemente aquellas contramedidas que impidieran la solución amigable de la controversia o que pudieran incluso agravarla, y que en ese sentido se incluyera una disposición en el artículo 14.

190. Refiriéndose a los inconvenientes prácticos del enfoque adoptado en el apartado *a* del párrafo 1, algunos

miembros hicieron notar que los procedimientos de solución de controversias internacionales eran lentos y exigían mucho tiempo. Las negociaciones, por ejemplo, que tenían grandes probabilidades de ser el primer procedimiento que se utilizara, podían durar hasta seis meses, y un recurso ulterior a la CIJ podía exigir otros dos años. Era poco probable que el Estado lesionado se abstuviera dos años y medio de adoptar las contramedidas que considerase procedentes. Se destacó también el riesgo de que el Estado autor de un hecho ilícito prosiguiera indefinidamente las negociaciones, razón por la cual quizá fuera conveniente establecer en el apartado *a* del párrafo 1 alguna limitación, ya refiriéndose únicamente a los procedimientos de solución de controversias con intervención de tercero, ya incluyendo una estipulación acerca de aquellos casos en que el Estado lesionado tuviera fundamentos para creer que el procedimiento de solución pacífica no conduciría a una solución de la controversia dentro de un plazo razonable.

191. Algunos miembros sugirieron que se pusiera más claramente de relieve la relación entre el derecho a adoptar contramedidas y la obligación de recurrir a los procedimientos de solución. Se preguntó a este respecto si el mecanismo de solución de controversias debía invocarse antes o después de iniciar contramedidas. También se manifestó la opinión de que, teniendo en cuenta que el objeto de un acto de represalia puede muy bien ser el establecimiento de un procedimiento de solución, ciertas contramedidas podían resultar aceptables siempre que su licitud fuera examinada en el contexto de ese procedimiento.

192. Se sugirió asimismo la posibilidad de hacer del agotamiento de los procedimientos de solución amistosa no una condición previa del recurso a las contramedidas, sino una obligación paralela, o, en otras palabras, prever un régimen en virtud del cual el derecho a imponer contramedidas quedara suspendido si el Estado que cometiese el hecho ilícito aceptaba un procedimiento de solución de la controversia en el que se pudiera llegar a una decisión jurídicamente obligatoria sobre la ilicitud del hecho de que se tratase y exigirse reparación. En apoyo de esa posibilidad, se dijo que sólo cuando el Estado que hubiera previsto las contramedidas tuviera razones para creer que se había iniciado un procedimiento que, formando parte de un marco institucional, asegurase cierto grado de aplicación de las normas, desaparecería la justificación de las contramedidas.

193. Por otra parte, se hizo la observación de que ese sistema sólo podía aceptarse a condición de que la aplicación de las contramedidas no confiriera al que las aplicase una posición de superioridad en la negociación que le permitiera imponer su ley a la parte contraria, incluso cuando el carácter «ilícito» de los hechos o actos invocados en apoyo de las contramedidas no estuviese absolutamente demostrado.

194. En cuanto a las opiniones expresadas en los párrafos 188 a 192 *supra*, se hizo notar que, en los supuestos a que se refería el artículo 12, no podía alegarse que la cuestión no admitía retraso y que, en virtud del Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, las partes en una controversia debían tratar de resolverla por uno de los numerosos medios de solución amistosos.

<sup>63</sup> Véase nota 41 *supra*.

<sup>64</sup> Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII (N.º de venta: E/F.80.V.7), págs. 450 y ss., en particular pág. 485.

195. Refiriéndose también a esas opiniones, el Relator Especial subrayó, en primer lugar, que todo Estado lesionado podría normalmente demostrar que el Estado autor del hecho ilícito se negaba a negociar o a cumplir los requisitos de un procedimiento de solución con intervención de terceros, o utilizaba tácticas dilatorias para eludir su obligación de cesación o de reparación; en segundo lugar, que el Estado lesionado podía recurrir a medidas provisionales o cautelares; y, en tercer lugar, que el Estado lesionado estaba protegido contra las tácticas de dilación por el apartado *a* del párrafo 2 al quedar exento de la condición que se establecía en el apartado *a* del párrafo 1 por la negativa del Estado autor del hecho ilícito a cooperar.

196. Entre las observaciones que se hicieron acerca de la redacción del apartado *a* del párrafo 1 figuraba la de que los procedimientos de solución previstos por un instrumento en el que fuera parte el Estado lesionado debían tener preferencia sobre los demás procedimientos mencionados en ese párrafo.

197. En cuanto al apartado *b* del párrafo 1, se hizo notar que la doctrina y la práctica de los Estados apoyaban en general la posición del Relator Especial en el sentido de que una comunicación de las intenciones del Estado lesionado, hecha en la forma y en el momento debidos, constituía requisito previo de todo recurso legítimo a contramedidas. Aunque era de suponer que el Estado infractor tuviera conciencia de las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito, de sus obligaciones a este respecto y del derecho del Estado lesionado a recurrir a contramedidas, una indicación expresa de la decisión del Estado lesionado de ejercitar ese derecho podía ser tan eficaz como las propias contramedidas. Se estimó en general que el apartado *b* del párrafo 1 no debía suscitar ninguna objeción.

198. El apartado *a* del párrafo 2 fue asimismo calificado en general de razonable.

199. El apartado *b* del párrafo 2 fue, por su parte, calificado de aceptable por algunos miembros, en tanto en cuanto, como hizo notar uno de ellos, todo Estado lesionado tenía derecho a protegerse a sí mismo, dentro de ciertos límites, pero no con sujeción a condiciones previas. A este respecto se preguntó si no habría otras medidas, de funciones limitadas, en el caso de las cuales pudiera resultar adecuada la exención de ciertos requisitos de procedimiento.

200. Ese apartado suscitó, no obstante, algunas dudas entre otros miembros. Así, se manifestó la preocupación de que con él se podía debilitar la norma fundamental que se enunciaba en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas. También se planteó la cuestión de si era oportuno exceptuar del régimen general a las medidas cautelares, teniendo especialmente en cuenta que las contramedidas podían considerarse también como medidas de protección habida cuenta de su carácter temporal y de su objeto, que era la protección de un derecho, razón por la cual sería además muy difícil en la práctica distinguir entre los dos tipos de medidas. Como solución intermedia se sugirió que se estableciera el derecho condicional a adoptar medidas cautelares en espera de la decisión de un tribunal. A este respecto se hizo la observación de que en algunos casos, que llevarán consigo

embargo de bienes, era muy posible que las medidas resultaran ineficaces a menos que se adoptasen inmediatamente.

201. En cuanto al apartado *c* del párrafo 2, que trataba también de las medidas cautelares, pero en el sentido clásico de medidas indicadas en el marco de un procedimiento de solución con participación de terceros, se aceptó la idea básica de que, si el Estado autor de un hecho ilícito no respetaba la medida cautelar, el Estado lesionado recuperaba su facultad de aplicar contramedidas; de hecho, el incumplimiento de las medidas indicadas constituía de por sí un hecho internacionalmente ilícito cometido en el marco de un procedimiento de solución, que demostraba la inoperancia del procedimiento y la legitimidad del recurso a las contramedidas.

202. Se planteó la cuestión de si las medidas a que se referían los apartados *b* y *c* eran las únicas que quedarían exentas del requisito de procedimiento que se establecía en el párrafo 1.

203. Se consideró en general que el párrafo 3 no estaba claro. Se sugirió que, si lo que se pretendía era prohibir las medidas que no se ajustasen a la obligación de solucionar las controversias de manera que no se pusieran en peligro la paz y la seguridad internacionales ni la justicia, esta idea no debía recogerse en el limitado contexto de las excepciones a las normas enunciadas en el artículo 12, sino en el artículo 14 (Contramedidas prohibidas), o en un párrafo adicional del artículo 11 o en un nuevo párrafo inicial del artículo 12. También se expresaron dudas en cuanto a si era adecuado utilizar los términos del párrafo 3 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas sobre la prohibición del uso de la fuerza como medio de solucionar las controversias para indicar soluciones a problemas relacionados con la política de contramedidas. Se planteó además la cuestión de si el objeto de este párrafo no quedaba ya resuelto por la regla de la proporcionalidad. El final del párrafo planteaba dudas, en la medida en que el concepto de «justicia» era indefinible y que las cuestiones relacionadas con la paz y la seguridad debían ser determinadas por el Consejo de Seguridad. Finalmente se expresó la preocupación de que este párrafo tuviese el efecto de imponer unilateralmente al Estado lesionado la obligación de no agravar las controversias.

204. Se hizo la observación de que si se revisaba el artículo 12 en el sentido indicado en los párrafos 185, 189 y 203 *supra*, el texto resultante podría indicar simplemente que el Estado lesionado podrá recurrir a contramedidas, en primer lugar, si el Estado al que puede atribuirse el hecho internacionalmente ilícito no coopera de buena fe en la búsqueda de una solución amistosa; en segundo lugar, si un órgano internacionalmente competente para decidir sanciones o medidas cautelares no ha intervenido previamente; en tercer lugar, si el Estado al que puede atribuirse el hecho internacionalmente ilícito no respeta esta sanción o estas medidas cautelares; y, en cuarto lugar, siempre que la intención de recurrir a contramedidas se haya comunicado debidamente en tiempo oportuno y de manera adecuada.

205. Con referencia a las opiniones reflejadas en el párrafo 203 *supra*, el Relator Especial reconoció que la

redacción del párrafo 3 era poco feliz. La cuestión que había tratado de plantear en este párrafo era la de si las contramedidas exceptuadas del requisito del agotamiento de los procedimientos de arreglo amistoso en virtud de los apartados *a*, *b* y *c* del párrafo 2 no debían estar sujetas al requisito de la compatibilidad con las exigencias de la paz, la seguridad y la justicia. El Relator Especial observó, a este respecto, que la paz y la seguridad podían verse en peligro no sólo por las amenazas a la paz, los quebrantamientos de la paz y los actos de agresión, sino también por una conducta del Estado que provocase estas reacciones. El Relator Especial estuvo asimismo tentado de mencionar, en el párrafo 3 o en un párrafo separado, la obligación de los Estados partes en una controversia de abstenerse de toda medida que pudiera agravar la situación hasta el punto de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y hacer con ello más difícil el arreglo pacífico de la controversia; una disposición inspirada en el Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa<sup>65</sup> y que tenía su equivalente en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas<sup>66</sup>, en que se completaba con una referencia a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

#### ARTÍCULO 13 (Proporcionalidad)<sup>67</sup>

206. Al presentar el proyecto de artículo 13, el Relator Especial indicó que había optado deliberadamente por una fórmula negativa más que positiva. El texto no especificaba hasta qué punto las contramedidas podrían ser desproporcionadas ni exigía que fuesen manifiestamente desproporcionadas. Sin embargo, sí disponía que para determinar si las contramedidas eran o no desproporcionadas se tuviese en cuenta la gravedad no sólo del hecho ilícito internacional sino también de sus efectos.

207. Se reconoció en general que la proporcionalidad era un elemento decisivo para determinar la licitud de una contramedida. A este respecto, se señaló a la atención el riesgo de abuso inherente a la desigualdad de hecho entre los Estados y se expresó la preocupación de que con frecuencia la proporcionalidad estaba ausente en las medidas adoptadas por ciertos países en respuesta a las violaciones de sus derechos. En este sentido, se estableció una comparación entre equivalencia y proporcionalidad y se dijo que en ningún caso podía ampliarse la prueba de la proporcionalidad para autorizar el recurso a unos medios totalmente desiguales, ni utilizarse como justificación para obtener unos resultados totalmente desproporcionados a los efectos del hecho ilícito. A este respecto, se hizo referencia al laudo arbitral dictado en el

asunto relativo al *Acuerdo de servicios aéreos*<sup>68</sup> y se dijo que el objetivo de las contramedidas era «restablecer en forma negativa la simetría de la posición inicial» (párr. 90).

208. Algunos miembros sostuvieron que el principio de la proporcionalidad constituía una garantía eficaz, pues las contramedidas que resultasen desproporcionadas en relación con la naturaleza del hecho ilícito podrían dar lugar a responsabilidad por parte del Estado que aplicase estas medidas.

209. Otros miembros destacaron que este principio era difícil de aplicar en la práctica. Se observó que el Relator Especial había abandonado la distinción hecha por su predecesor entre medidas tomadas con carácter de reciprocidad, es decir, relacionadas con la obligación incumplida, y medidas tomadas como represalia con respecto a obligaciones diferentes de la incumplida, con el resultado de que una violación en una esfera de derecho podía dar lugar a una contramedida en otra esfera de relaciones entre los Estados interesados totalmente ajena a la esfera en que se incumplió la obligación original. Se expresó la opinión de que en los casos que no implicasen medidas recíprocas, la proporcionalidad era un falso amigo, que daba la impresión de que existía un patrón con el que pudiera medirse el carácter razonable de la acción y la reacción, cuando en realidad no existía ninguno. También se observó que las contramedidas eran acciones lícitas iniciadas en respuesta a un hecho internacionalmente ilícito y que era difícil compararlas equitativamente.

210. Si bien algunos miembros estuvieron de acuerdo con el Relator Especial en que la regla de la proporcionalidad debía formularse en términos negativos, otros expresaron su preferencia por una fórmula positiva de esta regla a fin de reducir aún más el margen de apreciación subjetiva. Se insistió a este respecto en que el principio de la proporcionalidad debía extenderse a las medidas de retorsión y a las medidas de reciprocidad y aplicarse de forma más rigurosa para evitar que los Estados poderosos abusaran de su posición en perjuicio de los Estados débiles. Por otra parte, se expresó la opinión de que la Comisión debía ocuparse de las reacciones exageradamente desproporcionadas.

211. Varios miembros estimaron que sería conveniente una definición más precisa del alcance y contenido de la proporcionalidad. Se consideró, por ejemplo, que el criterio de la equidad era demasiado vago e incierto, ya que generalmente dependía de la definición de equidad formulada durante el procedimiento de solución de controversias.

212. Con el fin de proporcionar directrices más claras, se sugirió que la conducta del Estado lesionado fuese proporcional a los dos objetivos legítimos de las contramedidas, a saber, la cesación y la reparación, ya que el hecho de aplicar más fuerza de la necesaria para conseguir estos fines era una indicación clara del carácter desproporcionado de la represalia. Se dijo asimismo que, como indicador aproximado, deberían tenerse en cuenta la importancia de las cuestiones de principio que pudiera plantear la infracción inicial, así como la gravedad del hecho internacionalmente ilícito y de sus efectos. A este

<sup>65</sup> Firmada en Helsinki el 1.º de agosto de 1975.

<sup>66</sup> Véase nota 55 *supra*.

<sup>67</sup> El proyecto de artículo 13 propuesto por el Relator Especial era el siguiente:

«Artículo 13.—Proporcionalidad

»Ninguna medida adoptada por el Estado lesionado a tenor de lo dispuesto en los artículos 11 y 12 deberá ser desproporcionada a la gravedad del hecho internacionalmente ilícito ni a sus efectos.»

<sup>68</sup> Véase nota 64 *supra*.

respecto, se expresó la opinión de que la referencia en el cuarto informe a «la importancia del interés protegido por la norma violada y la gravedad de la violación» podría ser útil para enunciar la norma de la proporcionalidad. No obstante se observó que en tanto se dejase la evaluación de la gravedad del hecho ilícito y de sus efectos a la apreciación subjetiva del Estado lesionado, sería difícil excluir la *lex talionis*. Se subrayó que la intervención de un tercero a este respecto representaría un gran progreso.

213. Algunos miembros insistieron en la función del daño para evaluar la proporcionalidad, y uno de los miembros de la Comisión subrayó a este respecto que la relación de correspondencia entre la contramedida y el daño no era constante y podía sufrir la influencia de las frustraciones engendradas por el comportamiento del Estado autor del hecho ilícito.

214. Sin embargo, se expresó la opinión de que si la contramedida era proporcional al daño asumiría un carácter punitivo, y que el verdadero criterio debería ser más bien que la contramedida resultase necesaria para corregir la situación y poder recurrir a un procedimiento de solución pacífica.

215. Se estimó que el verdadero objetivo de las contramedidas era el elemento decisivo al considerar la cuestión de la proporcionalidad. Se preguntó en particular si una agrupación de Estados podría invocar, por ejemplo, una alegación de violación de derechos humanos como motivo para no cumplir ciertas obligaciones específicas hacia otro Estado cuando su verdadero objetivo era imponer a dicho Estado un sistema económico y social que resultase más favorable a la agrupación de Estados de que se tratara.

216. Entre otros comentarios, se dijo que: a) las razones por las que el Relator Especial había decidido no incluir la palabra «manifiestamente» delante de la palabra «desproporcionada» no eran claras; b) en el texto inglés la fórmula «*not be out of proportion*» podría sustituirse por «*not be disproportionate*»; y c) la disposición propuesta figurase inmediatamente después del artículo 11 (bien como artículo 11 *bis* o como un segundo párrafo del artículo 11) a fin de no romper la continuidad entre los artículos 12 y 14 y de indicar claramente que la regla de la proporcionalidad tenía por objeto moderar los efectos del derecho previsto en el artículo 11.

217. En su recapitulación del debate sobre el artículo 13, el Relator Especial, refiriéndose a la sugerencia de que únicamente se prohibiesen las contramedidas «exageradamente desproporcionadas» o «totalmente desiguales», dijo que esta solución daría al Estado lesionado demasiado margen de acción y podría dar lugar a abusos. Además, estos términos eran incluso menos restrictivos que las palabras «manifiestamente desproporcionada» propuestas por el anterior Relator Especial. A juicio del Relator Especial, toda contramedida que fuese desproporcionada, cualquiera que fuese su alcance, debería estar prohibida. Con respecto a la distinción hecha por el anterior Relator Especial entre medidas de reciprocidad y de represalia, el Relator Especial señaló que las medidas de reciprocidad eran también de represalia y podían aplicarse de manera desproporcionada. De hecho, existían contramedidas distintas de la reciprocidad y era

posible que fuesen las más utilizadas. Por ello, la mayoría de las contramedidas resultaban «falsos amigos» y todas ellas presentaban la misma dificultad. En cuanto a la cuestión de si debía evaluarse la proporcionalidad en relación con elementos distintos de la gravedad del hecho ilícito y sus efectos y con referencia a la cuestión de la finalidad de una contramedida determinada mencionada en el párrafo 215 *supra*, el Relator Especial destacó que la negativa de un grupo de Estados a cumplir sus obligaciones no resultaba tan inapropiada si las violaciones de derechos humanos se habían vinculado a un determinado sistema económico y social.

#### vii) *Contramedidas prohibidas*

#### ARTÍCULO 14 (Contramedidas prohibidas)<sup>69</sup>

218. Al presentar el proyecto de artículo, el Relator Especial indicó que se trataba de cinco cuestiones principales: a) la prohibición del uso de la fuerza; b) el respeto de los derechos humanos; c) el derecho diplomático; d) el *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes*; y e) el respeto de los derechos de terceros. Subrayó que la prohibición de las contramedidas armadas en virtud del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, desarrollada en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas<sup>70</sup> y en otros instrumentos de las Naciones Unidas y ajenos a las Naciones Unidas, debía consignarse expresamente en el proyecto de artículos, primero, porque el carácter especial de la relación entre el Estado lesionado y el Estado autor del hecho ilícito hacía aconsejable reafirmar la validez de ciertas restricciones generales a la libertad de los Estados y, segundo, porque los Estados se veían especialmente tentados de eludir sus obligaciones siempre que el derecho no era suficientemente explícito y exhaustivo. Refiriéndose a la doctrina según la cual la prohibición establecida en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas debía someterse no sólo a la excepción prevista en el Artículo 51, sino también a

<sup>69</sup> El proyecto de artículo 14 propuesto por el Relator Especial era el siguiente:

#### «Artículo 14.—*Contramedidas prohibidas*

»1. El Estado lesionado se abstendrá de recurrir, a modo de contramedida:

»a) a la amenaza o al uso de la fuerza [en contravención del párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas];

»b) a cualquier comportamiento:

»i) que no esté en conformidad con las normas de derecho internacional relativas a la protección de los derechos humanos fundamentales;

»ii) que cause un grave perjuicio a la actividad normal de la diplomacia bilateral o multilateral;

»iii) que sea contrario a una norma imperativa de derecho internacional general;

»iv) que consista en la violación de una obligación para con cualquier Estado distinto del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito.

»2. La prohibición enunciada en el apartado a del párrafo 1 comprende no sólo la fuerza armada, sino también cualesquiera medidas extremas de coacción política o económica que pongan en peligro la integridad territorial o la independencia política del Estado contra el que estén dirigidas.»

<sup>70</sup> Véase nota 55 *supra*.

otras excepciones, opinó que esa doctrina —con respecto de la cual había expresado en su informe firmes reservas— no debía en ningún caso afectar a la prohibición de las represalias armadas. Si tal doctrina era aceptable, y en la medida en que lo fuera, sólo podía abarcar aquellos supuestos en los que el recurso a la fuerza pudiera estar justificado por las graves situaciones de urgencia para las que se habían formulado los Artículos 42 a 51 de la Carta, situaciones que podían justificar o no, según el caso, una ampliación del concepto de legítima defensa, pero no una excepción a la prohibición de las contramedidas armadas en reacción ante un hecho internacionalmente ilícito.

219. El Relator Especial opinó que las restricciones al recurso lícito a las contramedidas [inciso i) del apartado b del párr. 1] debían limitarse al núcleo de los derechos humanos, cuya determinación debía corresponder al desarrollo ulterior de las normas de fondo que integran el *corpus* de los derechos humanos.

220. El Relator Especial sugirió que la restricción a las contramedidas relativa a la inviolabilidad de personas esencialmente protegidas [inciso ii) del apartado b del párr. 1] debía enfocarse con gran prudencia, teniendo presente que, como los diplomáticos estaban protegidos por el derecho internacional de los derechos humanos, sólo debían prohibirse aquellas contramedidas que pudieran obstaculizar el desarrollo normal de la diplomacia.

221. El Relator Especial reconoció que las normas de *jus cogens* [inciso iii) del apartado b del párr. 1] eran por definición normas no sujetas a excepción, se tratase de contramedidas o de otras medidas, pero recomendó no obstante que se indicase así de manera expresa en el proyecto.

222. En cuanto a las obligaciones *erga omnes* [inciso iv) del apartado b del párr. 1], consideró evidente que un Estado que recurriera a una contramedida no debía hacerlo en detrimento de los derechos de los Estados que no tenían nada que ver con el hecho ilícito.

223. Refiriéndose al significado del término «fuerza» y al párrafo 2 del artículo 14, el Relator Especial reconoció que se trataba de una cuestión polémica. Señaló que en varios instrumentos adoptados en el plano internacional y regional, la prohibición de ciertas formas de coerción política y económica se había tratado en relación con el principio de no intervención y que, en la práctica, las medidas políticas y económicas se consideraban admisibles como contramedidas, no obstante la tendencia a prohibir las que amenazaran la integridad territorial o la independencia política del Estado contra el que se tomaran.

224. Se destacaron dos puntos en relación con el artículo en general. Por una parte, el enfoque reflejado en el artículo se consideró demasiado analítico, con el resultado de que el texto propuesto planteaba innecesariamente cuestiones no resueltas y entrañaba el riesgo de que se hicieran interpretaciones impropias a contrario.

225. Por otra parte, se expresó preocupación por el hecho de que el catálogo de las contramedidas prohibidas pudiera no ser exhaustivo. A modo de ilustración, se hizo referencia al caso de un tratado de delimitación de

fronteras que, en virtud de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, se sustraía a la norma del cambio fundamental de circunstancias. En el caso en que ese tratado se hubiera concertado pero todavía no aplicado (situación que podía surgir fácilmente, por ejemplo, en el caso de un tratado de retrocesión de un territorio a la expiración de un arrendamiento), se planteó la cuestión de si el Estado «cedente» podía invocar, para suspender la ejecución del tratado, el incumplimiento por el otro Estado de una obligación que tuviera para con él en virtud de un instrumento multilateral de derechos humanos. Se señaló que podían plantearse cuestiones similares con respecto al derecho de libre determinación.

226. En su respuesta, el Relator Especial indicó que todo dependía del tipo de violación de que se tratara. En caso de una violación manifiesta (o masiva) de los derechos humanos o de la violación del derecho de libre determinación de todo un pueblo, podía suspenderse el cumplimiento de un tratado de cesión. Se trataba de una cuestión de proporcionalidad, siempre que no surgiera ningún otro problema, como el del *jus cogens*.

227. En lo que respecta al apartado a del párrafo 1, hubo acuerdo general en que la restricción más importante al uso de contramedidas se derivaba de la prohibición del uso de la fuerza enunciada en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, prohibición que formaba parte del derecho internacional general no escrito y era una norma imperativa de la que no cabía apartarse en virtud de un tratado o por otra razón. También se mencionó en este contexto la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas<sup>71</sup>, y la Definición de la agresión<sup>72</sup> y se recordó que, en virtud del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca<sup>73</sup>, los Estados americanos consideraban ilegal el primer uso de la fuerza.

228. Se reconoció en general que la Comisión difícilmente podía admitir ninguna excepción de la prohibición de las represalias armadas implícita en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas y enunciada en la Declaración sobre las relaciones de amistad y que, en virtud del derecho internacional contemporáneo, no estaban permitidas las «represalias armadas razonables», ni formas de autotutela que implicaran el uso de la fuerza armada ni la intervención armada basada en la necesidad. Se expresó la preocupación de que las justificaciones del uso de la fuerza mencionadas por el Relator Especial en sus informes reflejasen en realidad intentos de ampliar el alcance de la única excepción legítima a la prohibición del uso de la fuerza, a saber la legítima defensa, y que en el informe no se indicaba que las alegaciones de legítima defensa servían a menudo de pantalla de otros objetivos inconfesados, hecho del que había abundantes testimonios en la época de las esferas de influencia. Se dijo también que la doctrina que propugnaba una interpretación amplia del concepto de legítima de-

<sup>71</sup> *Ibid.*

<sup>72</sup> Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, anexo.

<sup>73</sup> Firmado en Río de Janeiro el 2 de septiembre de 1947 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 21, pág. 79).

fensa se basaba en casos anteriores a la Carta de las Naciones Unidas, que ya no guardaban relación con el pensamiento contemporáneo sobre el concepto, y que la licitud de la legítima defensa basada en la necesidad no era objeto de una aceptación general ni en la doctrina ni por los propios Estados. Se hizo referencia en este contexto al fallo de la CIJ en el asunto del *Estrecho de Corfú*<sup>74</sup>.

229. El Relator Especial explicó que había considerado necesario estudiar con cierto detalle en su informe hipótesis de recurso a la fuerza que pudieran desdibujar la prohibición básica de las represalias armadas contenida en la Declaración sobre las relaciones de amistad para poner de relieve, primero, la confusión en torno a los conceptos de autotutela, legítima defensa, legítima defensa preventiva, estado de necesidad, intervención humanitaria e intervención armada para la protección de los nacionales; segundo, la falta de fundamento de algunas de las aplicaciones de estos conceptos para justificar el recurso a la fuerza; y, tercero, la importancia de diferenciarlos del concepto de contramedidas.

230. Se formularon varias otras observaciones sobre el apartado *a* del párrafo 1, en particular, que las palabras entre corchetes debían mantenerse o —solución mejor aún, según una opinión— sustituirse por una referencia general a la Carta de las Naciones Unidas; y que se insertase después de las palabras «Carta de las Naciones Unidas» una referencia al «derecho internacional posterior».

231. Por lo que respecta al inciso i) del apartado *b* del párrafo 1, hubo acuerdo general acerca de la restricción basada en el respeto de los derechos humanos. En este contexto se señaló que, como en el plano internacional se estaban estableciendo regímenes convencionales para velar por la observancia de los derechos humanos, había cada vez menos margen para responder a las violaciones de los derechos humanos por medio de contramedidas incompatibles con esos derechos. Se adujeron otros dos argumentos en apoyo de la exclusión de las contramedidas que no estuvieran en conformidad con las normas sobre la protección de los derechos humanos, a saber: *a*) la dificultad de establecer una medida de equivalencia o proporcionalidad en tales casos, dadas las diferencias económicas, culturales, religiosas e incluso políticas entre los Estados a este respecto; y *b*) la inadmisibilidad de someter a los nacionales del Estado autor del hecho ilícito a medidas contrarias a los principios que rigen los derechos humanos, el trato de los extranjeros y la protección de las víctimas de guerra.

232. Varios miembros insistieron en la necesidad de definir el umbral más allá del cual eran permisibles las contramedidas en esta esfera, puesto que no todo derecho humano podía considerarse como constitutivo de una limitación absoluta. A este respecto, se expresó la opinión de que, si bien la vida y la integridad física no debían ser el objetivo de las contramedidas, podía ser perfectamente lícito para un Estado, si se veía restringida la libertad de circulación de sus nacionales en otro Estado, imponer restricciones a la libertad de circulación

de los nacionales de ese otro Estado. Otro enfoque que se sugirió con el fin de aclarar la prohibición de las contramedidas en la esfera de los derechos humanos fue que se indicasen las categorías de los derechos humanos que había que proteger.

233. Algunos miembros comentaron la expresión «derechos humanos fundamentales» que, según se indicó, estaba tomada del Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas. Se mencionó como otra posible fórmula la expresión derechos humanos que no admiten «suspensión alguna», en el sentido del párrafo 2 del artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que se asemejaba a la que se empleaba en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados para definir la norma imperativa de derecho internacional. No obstante, se hizo notar que la utilización de esta fórmula podía hacer que el inciso i) del apartado *b* pareciera inútil por duplicar el inciso iii) del apartado *b*. Por consiguiente, se juzgó preferible mantener el texto propuesto, que dejaba abierta la posibilidad de una evolución del concepto de derechos humanos fundamentales que condujera a incluir en él ciertos derechos sociales y económicos, incluso el derecho a un medio ambiente limpio y sano. La palabra «fundamentales» dio lugar a diferentes opiniones. Algunos miembros estimaron que no expresaba realmente la intención del Relator Especial, que aparentemente era confinar la prohibición a los derechos humanos elementales. Otros consideraron que la expresión «derechos humanos fundamentales» marcaba bien la separación entre los derechos que no admitían suspensión (por ejemplo el derecho a la vida) y los derechos que podían suspenderse. Entre estos últimos figuraban, según una opinión, los derechos patrimoniales de los súbditos extranjeros que se encontraban en el Estado lesionado, y la práctica estatal reciente presentaba no solamente casos de expropiación de bienes de extranjeros a modo de contramedida, sino también ejemplos de congelación de activos patrimoniales de los extranjeros como reacción frente al comportamiento ilícito del Estado del que eran nacionales. Este enfoque suscitó objeciones: se señaló, por una parte, que tanto a los países exportadores de capital como a los países del tercer mundo les interesaba protegerse contra la nacionalización y la congelación de activos como contramedidas y, por otra parte, que las contramedidas debían ser esencialmente un asunto entre Estados y sus efectos en los particulares debían ser mínimos para que no equivalieran a castigos colectivos.

234. Al recapitular el debate, el Relator Especial explicó que al utilizar la expresión «derechos humanos fundamentales» no había pretendido cuestionar la terminología usual tomada del párrafo 3 del Artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas ni excluir libertades. Simplemente quería restringir el alcance del texto al «núcleo» de derechos humanos y libertades que no debían ser conculcados como consecuencia directa o indirecta del recurso a las contramedidas.

235. Se hicieron, entre otros, los siguientes comentarios al inciso i) del apartado *b*: que debía mencionarse expresamente el derecho humanitario en la medida en que la prohibición más importante de las contramedidas se hallaba en las convenciones humanitarias; que el inciso i) del apartado *b* debía concordar con los aparta-

<sup>74</sup> Véase nota 52 *supra*.

dos *b*, *c* y *d* del párrafo 3 del artículo 19 de la primera parte; y que el Relator Especial tal vez desearía tomar en consideración la resolución 1991/72, aprobada el 6 de marzo de 1991 por la Comisión de Derechos Humanos<sup>75</sup>, la cual considera

[...] que el establecimiento de nuevas normas claras que regulen la responsabilidad por las violaciones de derechos humanos podría constituir una de las garantías preventivas básicas destinadas a evitar toda violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales;

e invita

[...] a los órganos competentes de las Naciones Unidas a que examinen la cuestión de la responsabilidad de los Estados por las violaciones de obligaciones internacionales en la esfera de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

236. Por lo que respecta al inciso ii) del apartado *b*, algunos miembros opinaron que las restricciones derivadas de la inviolabilidad de los diplomáticos y de las personas especialmente protegidas estaban amplia y generalmente aceptadas. A este respecto se hizo notar que, dado que la finalidad de un régimen de contramedidas era resolver, no agravar, las controversias, era importante dejar abiertos los cauces diplomáticos normales. Se dijo también que las normas de derecho diplomático tenían un fundamento y una finalidad políticos cuya importancia justificaba su inmunidad respecto de las contramedidas.

237. Otros miembros pusieron, sin embargo, de relieve que, dado que en la práctica la ruptura de relaciones diplomáticas constituía una contramedida muy eficaz, a la que se recurría con frecuencia tanto en el plano bilateral (ruptura o suspensión de las relaciones diplomáticas, no reconocimiento de gobiernos, retirada del embajador o de toda la misión diplomática, declaración de *persona non grata*) como en el multilateral. Por eso era, a su juicio, preferible no centrarse en la actividad normal de la diplomacia, sino más bien en la prohibición de las contramedidas que pudieran comprometer la inviolabilidad de las personas y de los locales protegidos por el derecho diplomático o, como había hecho el anterior Relator Especial, en la prohibición de toda suspensión de la inmunidad tanto diplomática como consular. Se hizo valer asimismo que no había ninguna razón para prohibir las medidas de reciprocidad en el marco del derecho diplomático, en el caso, por ejemplo, de las restricciones a la libertad de movimiento de los agentes diplomáticos, y que el recurso a las contramedidas en esta esfera no debía ser prohibido pero sí considerablemente limitado.

238. Se señaló por otra parte que el texto propuesto era demasiado vago, por falta de definición de la expresión «grave perjuicio», y podía ser sustituido por «impida la actividad normal de la diplomacia bilateral o multilateral»; y que las palabras «la actividad normal de la diplomacia bilateral o multilateral» podían ser sustituidas por «el eficaz desempeño de las funciones de las misiones diplomáticas», terminología inspirada en la de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas.

239. Respondiendo a ambas observaciones, el Relator Especial confirmó que la ruptura de las relaciones di-

plomáticas debía poder seguir siendo posible a modo de contramedida. Al mismo tiempo subrayó que los diplomáticos debían ser respetados tanto en su persona, o sea como cuestión de respeto a los derechos humanos, como en su función, a fin de no comprometer los intercambios diplomáticos bilaterales o multilaterales entre los Estados, en tanto en cuanto se mantuvieran las relaciones diplomáticas; por lo demás, todo Estado debía tener derecho a suspender a título de represalia —fundada en el principio de reciprocidad o en otra base distinta— uno o varios de sus privilegios diplomáticos.

240. Se puso en duda la necesidad del inciso iii) del apartado *b* aduciendo que las normas de *jus cogens* eran, por definición, normas imperativas de las que no era posible apartarse. A este respecto se hizo notar, sin embargo, que las prohibiciones establecidas en los apartados anteriores no agotaban el contenido del *jus cogens*, noción que variaba con el tiempo y aseguraría, pues, la adaptación automática del instrumento que se estaba preparando a la evolución de la conciencia jurídica internacional. Otras observaciones fueron, en particular, que debía encontrarse un procedimiento para indicar que la prohibición de la amenaza o del uso de la fuerza armada que se mencionaba en el apartado *a* del párrafo 1 era una norma imperativa por excelencia; que en el comentario debía indicarse que con la prohibición de toda conducta contraria a una norma imperativa de derecho internacional no se trataba de decidir qué normas de *jus cogens* excluirían las contramedidas; y que, en relación con el *jus cogens*, seguía habiendo diferencias de opinión, razón por la cual sería preferible remitirse a las normas básicas del derecho internacional.

241. Al examinar el inciso iv) del apartado *b*, algunos miembros se refirieron a la consideración prestada por el Relator Especial en su cuarto informe al problema de las obligaciones *erga omnes*. Se preguntó en particular si era correcto distinguir entre normas imperativas, obligaciones *erga omnes* y normas de derecho internacional consuetudinario, así como asimilar, al parecer, las obligaciones dimanantes de los tratados multilaterales con las obligaciones *erga omnes*. Varios miembros estimaron que los conceptos de *jus cogens* y obligaciones *erga omnes* eran en gran parte similares en cuanto a su alcance. Se hizo a este respecto referencia al artículo 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y al fallo de la CIJ en el asunto de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*<sup>76</sup>. Se manifestó que la clasificación de la Corte se fundaba precisamente en el valor del interés considerado, partiendo de la base de que cuando estuvieran en juego intereses fundamentales de la comunidad internacional, todos los Estados estaban obligados a respetarlos. Refiriéndose también a las opiniones manifestadas por el Relator Especial en su cuarto informe<sup>77</sup> acerca del problema de las obligaciones *erga omnes*, tal como había sido resuelto por el anterior Relator Especial en su proyecto de artículo 11, se hizo notar que, para colmar la laguna dejada por ese proyecto de artículo en lo concerniente a las obligaciones *erga omnes* dimanantes del derecho internacional general consuetudinario o no escrito,

<sup>75</sup> Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 1991, Suplemento N.º 2 (E/1991/22-E/CN.4/1991/91), págs. 168 y 169.

<sup>76</sup> C.I.J. Recueil 1970, pág. 3.

<sup>77</sup> Véase nota 40 *supra*.

bastaba insertar en la cláusula inicial del párrafo 1 del artículo 11 las palabras «o se enuncien en una norma de derecho internacional consuetudinario que a ambos oblique».

242. Del inciso iv) del apartado *b* se dijo que ofrecía a terceros Estados una garantía útil. Algunos miembros pusieron, sin embargo, en guardia contra toda formulación demasiado general. En este sentido se preguntó, por ejemplo, si en realidad debía negarse la legitimidad de una contramedida sólo por el hecho de que esa medida tuviera algún efecto de propagación o difusión, involuntario o fortuito, sobre todo en un mundo que es cada vez más interdependiente, a condición de que de esos efectos indirectos se hiciera responsable al Estado autor del hecho lesivo.

243. Se criticó también el mismo inciso por considerar que podía privar, por ejemplo, a un Estado parte en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a cuyos nacionales se les negase la libertad de circulación en otro Estado parte en el mismo Pacto del derecho a restringir a su vez, en represalia, el derecho correspondiente de los nacionales de ese otro Estado, con el argumento de que el primer Estado estaba obligado a respetar la libertad de circulación de los nacionales de todos los Estados partes en el Pacto. Tal resultado se consideraba inaceptable.

244. En su recapitulación del debate, el Relator Especial insistió en que, en su opinión, las normas de *jus cogens* y las normas *erga omnes* eran dos cosas distintas. El inciso iv) del apartado *b* no se limitaba a las normas *erga omnes*, sino que prohibía simplemente las contramedidas que lesionaran los derechos de Estados distintos de aquel que hubiera cometido el hecho lesivo. Este criterio se aplicaba a la violación, por la aplicación de contramedidas, de normas, tanto consuetudinarias como derivadas de un tratado multilateral, que también crearan derechos para Estados distintos del Estado autor de la violación. El Relator Especial reconoció que podía haber efectos indirectos o secundarios y que era éste un problema que habría que resolver, como habría igualmente que resolver el expuesto en el párrafo 243 *supra*.

245. En lo concerniente al párrafo 2, muchos miembros convinieron en que las medidas extremas de coacción política o económica podían tener consecuencias tan graves como el recurso a la fuerza armada, y en que la disposición propuesta debía ser estudiada más a fondo.

246. Se manifestaron, en todo caso, diversas objeciones a la fórmula propuesta. Se planteó, por ejemplo, la cuestión de si esa fórmula no estaba introduciendo elementos nuevos y ajenos en la interpretación de la Carta de las Naciones Unidas. A este respecto se citaron los trabajos preparatorios pertinentes y las interpretaciones posteriores del párrafo 4 del Artículo 2 como prueba de que el término «fuerza», tal y como se utilizaba en esa disposición, significaba exclusivamente fuerza armada y no comprendía otras formas de coacción ilícita. Se dijo también que era inoportuno e innecesario tratar de reabrir el debate sobre el significado del término «fuerza», o especular sobre las razones por las que la propuesta latinoamericana sobre ese punto había sido rechazada en la Conferencia de San Francisco. Por otra parte, preocupaba el hecho de que, como base para poner en tela de

juicio la opinión ya bien establecida sobre el significado del término «fuerza» en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta, se hubiera citado la resolución 2131 (XX) de la Asamblea General, dados el contexto de la adopción de esa resolución, las declaraciones hechas en aquella época y las actas de los debates que sobre esa cuestión se habían mantenido en el Comité Especial de los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados.

247. Aunque compartiendo en general la opinión de que no incumbía a la Comisión la interpretación de la Carta, varios miembros convinieron con el Relator Especial en la conveniencia de prohibir las contramedidas que constituyeran medidas extremas de coacción política y económica. Se mencionó en este contexto la posición tradicional de los países latinoamericanos sobre este punto y se sugirió que se tuvieran en cuenta los artículos 18 y 19 de la Carta de la OEA<sup>78</sup> que prohibían la aplicación o la incitación al uso de medidas económicas, políticas o de otra índole para coaccionar a otro Estado. Para resolver esta cuestión se sugirieron otras varias soluciones. Se propuso, por ejemplo, la utilización de una fórmula como la siguiente: «Un Estado lesionado no debe recurrir, a título de contramedida, a la amenaza o al uso de la fuerza en contravención de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas». Se señaló también a la atención de la Comisión la terminología utilizada en el cuarto informe, que hablaba de medidas encaminadas a la subordinación del ejercicio de los derechos soberanos del Estado contra el que iban dirigidas. Una tercera posibilidad era prohibir las contramedidas que pusieran en peligro la integridad territorial o la independencia política de los Estados, sin referencia alguna a la coacción política y económica. En este contexto se advirtió que la palabra «extremas» era poco feliz y que el criterio que debía utilizarse era el de los efectos de la medida de que se tratara. Se mencionó también una cuarta posibilidad, que era la de basar la prohibición de las contramedidas, no en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, sino en el principio de no intervención. Se recordó en particular que la ilicitud de la intervención había sido reconocida por una serie de resoluciones de la Asamblea General —declaraciones de las que se dijo que no se podía hacer caso omiso calificándolas de resoluciones puramente declaratorias—, entre las que figuraban la resolución 2131 (XX), la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas<sup>79</sup>, la Definición de la agresión<sup>80</sup>, las resoluciones 31/91 y 32/155 y la Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención y la injerencia en los asuntos internos de los Estados<sup>81</sup>. Algunos miembros calificaron, sin embargo, de inaceptable la utilización del principio de no intervención en el presente contexto por considerar que, dado el alcance muy amplio del deber de no intervención, supondría la prohibición de prácticamente todas las contramedidas. Se hizo notar además

<sup>78</sup> Véase nota 51 *supra*. El antiguo artículo 16 pasó a ser el artículo 19.

<sup>79</sup> Véase nota 55 *supra*.

<sup>80</sup> Véase nota 72 *supra*.

<sup>81</sup> Véase nota 50 *supra*.

que el hecho de que una medida tomada como primera providencia estuviera prohibida en virtud del principio de no intervención no significaba que lo estuviera igualmente en su calidad de reacción a un comportamiento ilícito.

248. Algunos miembros pusieron en duda la conveniencia de examinar en el presente contexto la cuestión de las medidas extremas de coacción económica. Se dijo en particular que la mayoría de las medidas políticas y económicas que tomaban los Estados no eran contramedidas en sentido estricto, sino medidas que no estaban prohibidas por el derecho internacional, como, por ejemplo, la cesación de la ayuda para el desarrollo, y que incluso aquellas que equivalían a contramedidas eran muchas veces de escasa intensidad y no constituían por lo general motivo de preocupación en lo concerniente a la paz y la seguridad internacionales. Se advirtió también que el recurso a las contramedidas no era admisible cuando lo que estuviera en juego fueran sólo intereses, no derechos, y que, en la esfera de las relaciones económicas, las contramedidas estaban estrictamente reguladas por varios acuerdos internacionales y regímenes separados. Finalmente se destacó que, dado que las medidas extremas de coacción sólo podrían considerarse legítimas —y aun esto no era seguro— cuando con ellas se tratara de responder a una conducta ilícita de intensidad similar, el problema que se suscitaba en el párrafo 2 debía examinarse en el momento en que la Comisión estudiara la cuestión de las consecuencias de los crímenes.

249. Algunos miembros sugirieron la posibilidad de que la cuestión fuera examinada desde el punto de vista de la norma relativa a la proporcionalidad. Se señaló a este respecto la posibilidad de que el hecho original pudiera haber puesto por sí mismo en peligro la integridad territorial o la independencia política del Estado perjudicado, en cuyo caso el efecto del párrafo 2 sería impedir que dicho Estado llegara con sus represalias tan lejos como había llegado el Estado autor del hecho ilícito al cometer éste. Se sugirió en consecuencia que el artículo sobre la proporcionalidad se redactase de modo que limitara las medidas extremas a aquellos casos en que el Estado lesionado estuviera respondiendo a medidas análogas que pusieran en peligro su integridad territorial o su independencia política. Otros miembros objetaron que las medidas extremas de coacción no podían ser adecuadamente reguladas por la norma sobre la proporcionalidad. Se preguntó a este respecto si un Estado que hubiera violado una obligación de *jus cogens* podía legítimamente ser objeto por parte del Estado lesionado de represalias que violaran, en un grado igual o proporcional, la misma obligación y si el concepto de Estado subyugado seguía siendo válido en el derecho internacional contemporáneo.

250. El Relator Especial llegó a la conclusión de que existía un apoyo sustancial a la prohibición de la coacción económica y política. Se había planteado asimismo la cuestión de la fuente de esa prohibición. ¿Se basaba ésta en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas o una norma equivalente del derecho internacional general, o en el principio de no intervención? A su juicio, si existía una condena de la coacción económica y política, poco importaba que para esa condena se invocara el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta o

el principio de no intervención. Y si, por lo tanto, se estimaba que, dadas la creciente interdependencia económica de los países y la analogía con los efectos del recurso a la fuerza armada, esa norma debía formularse en el marco del desarrollo progresivo del derecho internacional, quizá pudiera el Comité de Redacción ocuparse de la cuestión, tanto en lo concerniente a la formulación concreta de tal disposición como a la fuente a la que debiera atribuirse esa prohibición.

c) *La cuestión de las contramedidas en el contexto de los artículos 2, 4 y 5 de la segunda parte aprobados en primera lectura en anteriores períodos de sesiones de la Comisión*

i) *La cuestión de los regímenes autónomos*

251. El Relator Especial recordó ante todo, a propósito de los regímenes llamados «autónomos», que se caracterizaban por el hecho de que las obligaciones de fondo que establecían iban acompañadas de normas especiales relativas a las consecuencias de su violación y planteaban la cuestión de saber si sus normas constitutivas afectaban —y, en su caso, en qué forma— al derecho de los Estados partes de recurrir a las contramedidas que autorizaba el derecho internacional general. Si bien el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea había afirmado en repetidas ocasiones el principio según el cual los Estados miembros de la CEE no tenían derecho a recurrir a medidas unilaterales en virtud del derecho internacional general, la doctrina estaba dividida. Los autores especializados en derecho comunitario consideraban que el sistema de la CEE constituía un régimen «autónomo», pero los especialistas de derecho internacional público estimaban que los tratados pertinentes no diferían en realidad de los demás tratados y que la decisión de los Estados contratantes de ser miembros de una «comunidad» no podía considerarse, en la fase actual, irreversible. En opinión del Relator Especial, la idea de que a los Estados miembros de la CEE les sería jurídicamente imposible recurrir, en última instancia, a las posibilidades que brindaba el derecho internacional general no parecía verdaderamente justificada, al menos desde el punto de vista del derecho internacional general. Por lo que respecta a los derechos humanos, el Relator Especial, apoyándose a la vez en la doctrina y en la práctica reciente, tendía a opinar que ni el sistema establecido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ni el régimen previsto en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales impedían a los Estados interesados utilizar los recursos que ofrecía el derecho internacional general, y que no existía régimen «autónomo» en la esfera de los derechos humanos. Se inclinaba a adoptar la misma conclusión en lo que concierne al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio y también con respecto al derecho diplomático, ámbito en el cual las restricciones a las contramedidas no parecían derivarse de una «característica especial» del derecho diplomático, sino de la aplicación normal a esta esfera particular de las normas y principios generales que constituían el régimen de las contramedidas. El Relator Especial dudaba además muy seriamente de la admisibilidad, aunque fuese *in abstracto*, del concepto mismo de regímenes «autónomos» en cuanto subsistemas del derecho de la responsabilidad de los Estados o,

recogiendo la expresión utilizada por el anterior Relator Especial, «circuito(s) jurídico(s) cerrado(s)». Ciertamente estas normas sustantivas, o todo conjunto más o menos estructurado y organizado de normas sustantivas, podían muy bien contener disposiciones encaminadas a reglamentar mejor las consecuencias de su violación. Pero no excluían la validez ni la aplicación de las normas del derecho internacional general relativas a las consecuencias sustantivas o adjetivas de los hechos internacionalmente ilícitos y representaban simplemente excepciones de las normas generales, no siendo admisibles esas excepciones sino en la medida en que no fueran incompatibles con las normas generales.

252. En opinión del Relator Especial, la utilización de las facultades de reacción unilateral autorizadas por el derecho internacional general era y debía seguir siendo posible en la hipótesis de que el Estado lesionado por una violación del sistema «autónomo» se dirigiera a las instituciones convencionales y obtuviera de éstas una decisión que le fuese favorable, pero no llegase a obtener reparación por los procedimientos previstos por el sistema de que se tratara, por una parte, y también, por otra parte, en la hipótesis de que el hecho internacionalmente ilícito consistiera en una violación persistente del régimen, teniendo en tal caso el Estado lesionado el derecho, si el Estado autor de la infracción persistía en su comportamiento ilícito mientras se hallaban en curso los procedimientos convencionales, de recurrir paralelamente a las medidas «externas» que podían proteger sus derechos primarios o secundarios sin dificultar una solución «equitativa» de la controversia por medio de los procedimientos previstos por el sistema.

253. El Relator Especial explicó que el artículo 2 de la segunda parte<sup>82</sup> era discutible en relación con las normas consuetudinarias y con las normas especiales aplicables a los tratados. Señaló que la finalidad de los Estados al incluir en un tratado normas especiales reguladoras de las consecuencias de su violación no era excluir, en las relaciones entre esos Estados, las garantías recíprocas derivadas de la aplicación normal de las normas generales sobre la responsabilidad de los Estados, sino reforzar las garantías normales, inorgánicas y no siempre satisfactorias del derecho general haciéndolas más fiables, sin renunciar a la posibilidad de «retornar» a garantías «naturales» menos desarrolladas. Por consiguiente, consideraba que la presunción de abandono total de las garantías «naturales» contenida en el artículo 2 era doblemente objetable, primero, porque iba en contra de la finalidad del establecimiento de regímenes especiales por los Estados al atribuir a esos regímenes efectos excluyentes no deseados, y segundo, porque al hacer «supletorias» las normas generales iba en contra del objeto mismo de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho de la responsabilidad de los Estados. Por tanto, sugirió que en el artículo se especificase, primero, que la excepción de las normas generales que se enunciaba en el proyecto se derivaba de instrumentos contractuales y no de normas consuetudinarias no escritas, y, segundo, que, para que surtiera efecto una verdadera excepción de las normas generales, las partes en el instrumento no debían limitarse a prever las consecuencias de la violación

del régimen, sino indicar expresamente que, al concertar el acuerdo, excluían la aplicación de las normas generales de derecho internacional sobre las consecuencias de los hechos internacionalmente ilícitos. Sugirió además que en el comentario al artículo se indicase claramente que una excepción prevista en un instrumento contractual no prevalecería en caso de una violación que fuera de tal gravedad y magnitud que justificara, como medida proporcionada contra el Estado autor de la infracción, la suspensión o terminación del sistema en su conjunto.

254. Varios miembros opinaron que la Comisión no tenía que pronunciarse sobre la cuestión de los regímenes autónomos porque se trataba de una cuestión de interpretación de los tratados, más concretamente de determinar si el tratado implicaba una renuncia, por parte de los Estados interesados, al derecho de tomar contramedidas en virtud del derecho internacional general, suponiendo que las medidas previstas en el tratado fueran insuficientes. En lo que respecta al caso particular de un régimen basado en normas consuetudinarias, se señaló que había que determinar si algunas o la totalidad de las normas en que se basaba ese régimen tenían carácter de *jus cogens*, en cuyo caso no podían admitirse excepciones a las mismas. Se expresaron dudas acerca de la conveniencia de tratar de dar una respuesta general a estas cuestiones recurriendo al concepto de regímenes autónomos, en la medida en que cada caso se habría de determinar con arreglo a sus propias circunstancias.

255. Algunos miembros indicaron que se inclinaban a compartir el análisis del Relator Especial en el sentido de que en todos los casos había un «retorno» a los medios de defensa establecidos en el derecho internacional. A este respecto, se preconizó la mayor «integración» posible, es decir, una complementariedad entre el sistema jurídico global y los subsistemas especiales, lo que recordaba el viejo debate sobre la dialéctica entre el «macrocosmos» y el «microcosmos» jurídicos. Se dijo también que la cuestión merecía una reflexión más detenida, teniendo en cuenta la tendencia a que en el ámbito de la responsabilidad de los Estados existieran regímenes diferenciados para tipos especiales de responsabilidad.

256. Otros miembros instaron a que se adoptase un enfoque prudente de la cuestión. Si bien se tomó debida nota de la posición del Relator Especial de que a las medidas unilaterales «externas» sólo debía recurrirse en casos extremos, se expresó la opinión de que cuando los Estados especificaban como parte de un régimen convencional ciertas sanciones por la violación de ese régimen, había que entender que lo que establecían expresamente excluía otras medidas en virtud de cualquier otro sistema y que, si su propósito no estaba claro, debía haber una presunción en favor de la exclusión y no de la inclusión de esas medidas.

257. Algunos miembros sostuvieron la opinión de que, como cuestión de principio, debían tener la primacía los procedimientos previstos en los tratados internacionales existentes y que si bien el Estado lesionado podía tener un derecho supletorio de «retorno» que le permitiera recurrir unilateralmente a contramedidas, debían favorecerse las respuestas colectivas a la conducta ilícita y los ejemplos, por desgracia raros, de regímenes autónomos debían considerarse como modelos que había que seguir

<sup>82</sup> Véase nota 41 *supra*.

en otros ámbitos de la vida internacional. En este sentido se señaló que la posición del Relator Especial era difícil de conciliar con su conclusión de que los regímenes autónomos eran «bienes jurídicos sumamente importantes» puesto que tendían a limitar las situaciones en que un Estado se tomaba la justicia por su mano. Además se subrayó que al afirmar que los Estados partes en regímenes autónomos tenían siempre derecho a recurrir a contramedidas unilaterales equivalía a dar a ese derecho el valor de una norma de *jus cogens*, lo cual no concordaba con el desarrollo progresivo del derecho internacional.

258. Si bien se reconoció que el artículo 2 de la segunda parte aprobado en primera lectura podía interpretarse como excluyente, cuando existiera un régimen autónomo, de la aplicación de las normas del proyecto en preparación, se señaló que el artículo podía interpretarse también en el sentido de que no excluía totalmente tales normas, desempeñando éstas un papel supletorio si el régimen autónomo resultaba insuficiente. Se sugirió además que cuando la Comisión volviera a examinar el artículo 2 debería sin duda ocuparse de las relaciones entre el proyecto en curso de preparación y los acuerdos internacionales aplicables a la responsabilidad en esferas particulares (transporte de materiales nucleares, objetos espaciales, contaminación, etc.).

259. Al recapitular el debate, el Relator Especial indicó que su idea básica era que los regímenes autónomos —algunos de los cuales reducían beneficiosamente en cierta medida el estado inorgánico de las relaciones interestatales y en ese sentido ciertamente constituían un elemento positivo— no sustituían del todo el régimen de la responsabilidad de los Estados con respecto tanto a las consecuencias sustantivas de un hecho internacionalmente ilícito como a las adjetivas. En cuanto al artículo 2, sugería simplemente que se modificase para asegurar que no quedara excluida la posibilidad de «retorno», como parecía quedar en el texto actual del artículo.

ii) *La relación entre el proyecto en preparación y la Carta de las Naciones Unidas*

260. El Relator Especial señaló que el efecto del artículo 4<sup>83</sup> sería subordinar las disposiciones del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados a las disposiciones y los procedimientos de la Carta de las Naciones Unidas relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, y, en particular, a cualesquiera recomendaciones o decisiones adoptadas por el Consejo de Seguridad en el desempeño de sus funciones con respecto a la solución de las controversias y la seguridad colectiva. Si bien, en opinión del Relator Especial, el Consejo de Seguridad estaba facultado, a tenor de lo dispuesto en la Carta, para hacer recomendaciones no obligatorias con arreglo al Capítulo VI y tomar decisiones obligatorias con arreglo al Capítulo VII, no lo estaba, según la opinión predominante en la doctrina, al actuar en virtud del Capítulo VII, para imponer soluciones en virtud del Capítulo VI de manera que transformara la función recomendatoria que le confería el Capítulo VI en

imposición de soluciones obligatorias de controversias o situaciones.

261. En opinión del Relator Especial, el artículo 4, en su formulación actual, podía plantear dificultades. De momento, podía citar dos ejemplos. En primer lugar, si una decisión del Consejo de Seguridad adoptada en virtud del Capítulo VII afectaba a una controversia o situación entre uno o varios Estados lesionados y uno o varios Estados infractores en una forma que no estuviera en conformidad con las reglas establecidas en una convención sobre la responsabilidad de los Estados, de la cual formase parte el artículo 4, ¿cuáles serían las consecuencias para la relación entre los Estados interesados en lo que toca a la responsabilidad, sustantiva o adjetiva? En segundo lugar, en caso de que se produjera esa situación, ¿cuál sería la relación entre la competencia de la CIJ y la competencia del Consejo de Seguridad, por ejemplo en un caso en que, sobre la base de un vínculo jurisdiccional válido, el Estado B unilateralmente sometiera un litigio contra el Estado A, autor de la infracción, ante la CIJ, aduciendo que el Estado A no había satisfecho la demanda de cesación o reparación del Estado B? El Relator Especial era consciente de que el mandato de la Comisión no era lo suficientemente amplio para que pudiera interpretar la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, los Capítulos VI y VII, o para determinar la relación entre el Consejo de Seguridad y la CIJ o las consecuencias que el Artículo 103 de la Carta tuviera sobre cualesquiera disposiciones específicas del derecho de la responsabilidad de los Estados codificado por la Comisión y aceptado por los Estados en una convención. Sin embargo, le preocupaban los efectos del artículo 4 y temía que si se mantenía esa disposición la Comisión tuviera que llevar a cabo un examen a fondo de cuestiones que rebasaban su mandato.

262. Algunos miembros estimaron que la Comisión no debía intentar resolver en su proyecto sobre la responsabilidad de los Estados los problemas que se planteaban en relación con la Carta y que eran de la competencia del Consejo de Seguridad. Algunos miembros se manifestaron en desacuerdo con las observaciones del Relator Especial porque no se compadecían con las funciones del Consejo de Seguridad, el objeto de los Capítulos VI y VII de la Carta ni la práctica contemporánea. Un miembro sugirió que el lugar adecuado para abordar el problema era el comentario, en el que podrían incluirse los siguientes puntos: a) dados los propósitos y principios de la Carta, no era de esperar que el Consejo de Seguridad utilizara sus facultades para negar a cualquier Estado sus derechos o recursos legítimos, incluido el derecho a tomar contramedidas lícitas; b) se reconocía que el Consejo de Seguridad tenía la responsabilidad primordial del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales; c) se aceptaba que el Consejo de Seguridad tenía facultades para vigilar el empleo de contramedidas e indicar si, en un determinado caso, creía que eran desproporcionadas; d) el Consejo podía pedir a un Estado que aplazara la adopción de contramedidas cuando, a su juicio, éstas tendieran a agravar la situación y condujeran a una amenaza a la paz y la seguridad internacionales, y cuando hubiese una perspectiva razonable de solución pacífica; y e) cuando el Estado autor de la infracción fuese recalcitrante y se negase a poner fin a su comportamiento ilícito o a aceptar una solución pacífica,

<sup>83</sup> *Ibid.*

el Consejo de Seguridad, más allá de pedir un aplazamiento razonable, no tendría derecho a exigir que un Estado no tomase medidas lícitas.

263. Se expresó desacuerdo con respecto a este planteamiento. Se señaló que las contramedidas lícitas eran por definición de baja intensidad y por lo tanto normalmente no serían de la incumbencia del Consejo de Seguridad. Si, por el contrario, las contramedidas amenazaban la paz y la seguridad internacionales, el Consejo de Seguridad, en virtud de su responsabilidad primordial con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas, podría justificadamente dar las instrucciones necesarias. Se afirmó además que el alcance del Artículo 25 de la Carta era objeto de un considerable debate jurídico y que someter esa disposición a una interpretación inflexible en el contexto del desarrollo de un régimen de contramedidas sería una medida inaceptable para todos los Estados.

264. Varios miembros se adhirieron a la posición expuesta por el Relator Especial según la cual el poder de decisión del Consejo de Seguridad se limitaba estrictamente a las medidas encaminadas al restablecimiento de la paz y la seguridad a tenor de lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta y el Consejo no estaba facultado para imponer a los Estados soluciones o procedimientos de solución en relación con las controversias o situaciones a que se refería el Capítulo VI, sobre las cuales sólo podía hacer recomendaciones.

265. Se propuso que se suprimiesen en el artículo 4 las palabras «según corresponda», ya que el proyecto de artículos no debía contradecir las disposiciones de la Carta.

266. Al recapitular el debate, el Relator Especial subrayó que el discutible concepto de «comunidad internacional organizada» requería cautela y las reservas apropiadas cuando se entraba en el ámbito de la competencia a que se refería el artículo 4 de la segunda parte. Para ser breve, se remitió a un curso que había impartido en la Academia de Derecho Internacional de La Haya<sup>84</sup>. En su opinión, la mera referencia a las disposiciones y los procedimientos de la Carta de las Naciones Unidas relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales no parecería incondicionalmente apropiada para aplicar las normas de una convención sobre la responsabilidad de los Estados con el debido respeto a la igualdad de los Estados y la primacía del derecho en las relaciones internacionales.

### iii) *La cuestión de los Estados lesionados de manera diferente*

267. El Relator Especial subrayó que, según la definición de Estado lesionado que figuraba en el artículo 5 de la segunda parte<sup>85</sup>, un hecho internacionalmente ilícito podía consistir no sólo en un comportamiento que implicase un daño material injusto sino también, más generalmente, en un comportamiento que se tradujese en la vul-

neración de un derecho, en cuyo caso esa vulneración constituiría, hubiese o no daño físico (*damage*), la lesión del bien jurídico protegido (*injury*). Aunque la mayoría de las normas internacionales seguían enunciando obligaciones cuya violación sólo afectaba a los derechos de uno o varios Estados, las normas de interés general o colectivo, que debían observarse en interés de todos los Estados a los que se aplicaban, no se ajustaban a ese esquema bilateral. La violación de las obligaciones dimanantes, por ejemplo, de las normas relativas al desarme, a la promoción y respeto de los derechos humanos y a la protección del medio ambiente, calificadas de «obligaciones *erga omnes*», lesionaba simultáneamente los derechos subjetivos de todos los Estados obligados por la norma, hubiesen o no resultado especialmente perjudicados, con excepción, naturalmente, del derecho subjetivo del Estado autor de la violación. Según el Relator Especial, era necesario ahora sacar las consecuencias del hecho de que a las obligaciones *erga omnes* correspondían derechos *omnium* y determinar, por ejemplo, si la violación de una obligación *erga omnes* colocaba o no a todos los Estados lesionados en la misma situación, y si los colocaba o no en la misma situación que la violación de una obligación de otro tipo. A su juicio, no cabía admitir ni la noción de «tercer Estado» ni la noción de Estado «indirectamente lesionado». Las normas *erga omnes* relativas a la protección de los derechos humanos, por ejemplo, creaban entre los Estados a las que se aplicaban una relación jurídica caracterizada por la obligación de garantizar a toda persona, fuera cual fuere su nacionalidad, el disfrute de los derechos humanos. La violación de esta obligación por el Estado A constituiría al mismo tiempo una vulneración del derecho correspondiente de los Estados B, C, D, E, etc., y como ese derecho era el mismo para todos (derecho a que el Estado A respetase los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción) no perjudicaría a ninguno de estos Estados más directamente que a los demás. Sin duda, uno de los Estados lesionados podría estimarse particularmente perjudicado si la violación de la obligación se refiriese a personas vinculadas a él, por ejemplo, desde el punto de vista étnico, pero no por ello sufriría un daño jurídicamente más directo que los demás Estados. Otro ejemplo, inspirado en el derecho del mar, sería el de un Estado ribereño A que cerrase ilícitamente un estrecho situado en sus aguas territoriales y que comunicase dos zonas de la alta mar; esta decisión afectaría: a) a los intereses de todos los Estados cuyos buques estuviesen a punto de penetrar en el estrecho cuando fue cerrado a la navegación; b) a los intereses de todo Estado cuyos buques navegasen hacia el estrecho para cruzarlo; y c) a los intereses de todos los demás Estados porque, según el derecho del mar, todos los Estados tenían derecho a utilizar libremente el estrecho. Como todos los Estados tenían derecho a utilizar libremente el estrecho, todos eran Estados jurídicamente lesionados por la decisión del Estado A, aunque quizás hubiera algunas diferencias entre ellos en cuanto a la entidad del daño sufrido o temido. La conclusión del Relator Especial era, pues, que la distinción entre Estados «directamente lesionados» y Estados «indirectamente lesionados» no tenía ningún fundamento y que lo que diferenciaba a las diversas situaciones era la naturaleza o el alcance del daño. Seguía siendo un hecho que la violación de una obligación *erga omnes* daba lugar a la existencia de una pluralidad de Estados lesionados, que no

<sup>84</sup> G. Arangio-Ruiz, «The normative role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye 1972-III*, Leyden, Sijthoff, 1974, vol. 137, págs. 629 y ss., en particular págs. 663 y ss. y 682 a 684.

<sup>85</sup> Véase nota 41 *supra*.

resultaban necesariamente lesionados del mismo modo ni en el mismo grado. Había, por tanto, que determinar hasta qué punto cada uno de estos Estados podía, por una parte, exigir la cesación, la restitución en especie, una indemnización, una satisfacción o garantías de no repetición y, por otra, recurrir a sanciones o contramedidas. Sin duda, estos problemas se habían examinado hasta ahora en relación con los hechos ilícitos que solían calificarse de «crímenes», pero podían muy bien plantearse también con respecto a las consecuencias de los hechos ilícitos más corrientes, comúnmente denominados «delitos». Estos problemas se planteaban de manera diferente según que las normas aplicables —normas *erga omnes* o normas más o menos generales— estableciesen o no procedimientos para velar por su aplicación y sancionar las violaciones. No había necesidad, para resolver lo que el Relator Especial prefería denominar el problema de los Estados «igual o desigualmente» lesionados, de revisar los artículos aprobados o elaborar otros nuevos; bastaba con interpretar y aplicar correctamente las disposiciones generales existentes, a condición, sin embargo, de incluir en el artículo 5, relativo a la definición de «Estado lesionado», una cláusula por la que se estableciese que, en los casos en que un hecho internacionalmente ilícito perjudicase a más de un Estado, cada Estado lesionado podría ejercitar los derechos y facultades enunciados en los artículos pertinentes.

268. Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, el Relator Especial propuso, con carácter muy provisional, el texto de un posible artículo 5 *bis*<sup>86</sup>.

269. Durante el debate, se hizo hincapié en primer lugar en la necesidad de distinguir entre la cuestión de una pluralidad de Estados lesionados y la cuestión de las obligaciones *erga omnes*. Se observó a este respecto que las obligaciones *erga omnes* formaban parte del *jus cogens* y se referían por tanto a los crímenes internacionales, en tanto que el problema de la pluralidad de Estados lesionados se planteaba en relación con cualquier régimen de obligaciones internacionales. Se señaló en este contexto la distinción hecha por el Relator Especial entre obligaciones *erga omnes* y obligaciones *erga omnes partes*.

270. Algunos miembros convinieron en que la cuestión de los Estados no directamente perjudicados merecía ulterior consideración. Las objeciones del Relator Especial a los conceptos de Estados no directamente perjudicados, Estados especialmente perjudicados y terceros Estados se consideraron convincentes, en particular en lo referente a un derecho a la cesación y al derecho general a obtener reparación. En este contexto se mencionaron dos categorías distintas de problemas. La primera se refería al equilibrio entre las reacciones de los diversos Estados lesionados en una situación en que hubiera más de uno de estos Estados a tenor de lo dis-

puesto en el artículo 5. En el supuesto de que estos Estados no llevasen a cabo ninguna acción colectiva coordinada («horizontal»), era probable que cada Estado lesionado se interesase primordialmente por su propia relación con el Estado que había cometido el hecho ilícito. Considerado individualmente, ese comportamiento podría ser aparentemente razonable. ¿Pero qué ocurriría si, colectivamente, el comportamiento de todos los Estados lesionados constituyese una reacción desproporcionada? Se consideró que una disposición que estableciese que cada Estado debía reaccionar teniendo debidamente en cuenta las reacciones de los demás Estados lesionados sería demasiado vaga. La segunda y más grave categoría de dificultades estribaba en el hecho de que, si bien todos los Estados lesionados eran iguales en el sentido del artículo 5, en ciertas situaciones uno o varios Estados sufrirían sin duda mayor daño que otros. Por ejemplo, el Estado A podría adoptar contra nacionales del Estado B un comportamiento represivo discriminatorio, contrario a las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En virtud del artículo 5, todo Estado parte en el Pacto Internacional sería un Estado lesionado, pero no había duda de que el Estado B sufriría un daño considerablemente mayor que los otros. Una disposición en virtud de la cual no se diese ninguna prioridad al Estado B plantearía algunos problemas. Todo Estado podría, desde luego, reclamar la restitución en especie. Pero podría muy bien ocurrir que el Estado B, tras largas negociaciones diplomáticas con el Estado A, decidiese no insistir en la restitución en especie y aceptar en cambio alguna otra forma de reparación. ¿Se permitiría a los demás Estados lesionados, conforme al artículo 5, insistir en tal caso en la restitución en especie? El planteamiento del Relator Especial, basado, no en el carácter directo o indirecto de la lesión, sino en la naturaleza y grado del daño sufrido, tenía a juicio de algunos miembros la ventaja de situar el problema en el terreno más sólido del daño, aunque dejaba subsistir algunas incertidumbres en cuanto a la posición de los diferentes Estados lesionados para con los cuales existían obligaciones violadas y en cuanto a las consecuencias sustantivas o adjetivas del hecho ilícito según la naturaleza y la entidad del daño sufrido.

271. A este respecto, se manifestó desacuerdo con la tentativa del Relator Especial de demostrar que, en caso de violación de una obligación multilateral relativa a los derechos humanos o el medio ambiente, todos los Estados se encontraban en la misma situación. Se señaló que si bien en virtud de la Carta de las Naciones Unidas la prohibición de la agresión constituía una norma general obligatoria para todos los Estados en sus relaciones mutuas, la víctima directa de la agresión era la que tenía el derecho primordial de legítima defensa, y que incluso si otros Estados podían intervenir en acciones de legítima defensa colectiva, la CIJ, en el asunto relativo a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*<sup>87</sup>, había afirmado claramente que existía una diferencia entre la posición jurídica de la víctima real de la agresión y la de los demás Estados que, de un modo algo artificial, podrían considerarse «jurídicamente perjudicados».

<sup>86</sup> El proyecto de artículo 5 *bis* propuesto por el Relator Especial era el siguiente:

«Artículo 5 bis

»Cuando sean varios los Estados lesionados, cada uno de ellos podrá ejercitar los derechos que legalmente le correspondan de conformidad con las normas enunciadas en los artículos siguientes.»

<sup>87</sup> C.I.J. Recueil 1966, págs. 14 y ss.

272. La opinión general fue que se trataba de un problema de *locus standi* y de límite razonable de la intensidad de la reacción. Se señaló, a este respecto, que el Estado que tomaba contramedidas lo hacía asumiendo sus propios riesgos, que el carácter razonable de las contramedidas se juzgaría en definitiva en el contexto de los procedimientos de solución pacífica y después de considerar si el Estado agente había sido directa o indirectamente lesionado y si había tomado contramedidas mientras que otro Estado más directamente lesionado no lo había hecho.

273. En cuanto al artículo 5 *bis*, se le reconoció el triple mérito de precisar que el concepto de «Estado lesionado» no suponía *ipso facto* un trato igualitario de los Estados lesionados; de recurrir para identificar al Estado o los Estados lesionados a la definición *stricto sensu* del hecho internacionalmente ilícito, y de establecer, sobre la única base de esta definición, los derechos o facultades reconocidos a cada Estado. Algunos miembros se preguntaron, sin embargo, si esta nueva disposición era realmente necesaria; se sugirió que se indicase en cambio, bien en el propio proyecto de artículos o bien en el comentario, en primer lugar, que la capacidad de los Estados lesionados de manera diferente para adoptar contramedidas debería ser proporcional a la entidad del daño sufrido por el Estado que adoptase las medidas y, en segundo lugar, que si el Estado o los Estados más perjudicados renunciaban a la *restitutio in integrum* no debería permitirse que ningún otro Estado la exigiese. Otros miembros estimaron que, en vez de conceder un derecho de represalia a los Estados no lesionados directamente, era preferible establecer que la violación de una norma *erga omnes* debía dar lugar ante todo a una reacción colectiva o a una acción en el marco de mecanismos institucionales.

274. Algunos miembros indicaron que preferían no hacer comentarios sobre el artículo 5 *bis* propuesto, ya que el debate de esta disposición podría poner en entredicho el artículo 5 tal como había sido adoptado en primera lectura.

275. En este contexto se plantearon otras tres cuestiones: a) el problema de una pluralidad de Estados infrac-

tores; b) la cuestión de las contramedidas colectivas, es decir el caso en que el Estado más perjudicado recabase asistencia de otros; y c) la cuestión del no reconocimiento. Sobre este último punto se expresó la opinión de que el no reconocimiento y la abstención de prestar asistencia eran una consecuencia particularmente adecuada en el caso de una pluralidad de Estados lesionados, y se planteó la cuestión de si las obligaciones correspondientes no deberían tenerse en cuenta en las consecuencias adjetivas.

276. En su resumen, el Relator Especial dijo que prestaría especial atención a las opiniones expresadas durante el debate. Seguía considerando que era necesaria una disposición en el sentido del artículo 5 *bis* para disipar la confusión surgida del concepto de Estado «indirectamente» lesionado, lo que, en el caso de los derechos humanos y también de ciertos aspectos del medio ambiente, podría limitar las posibilidades de una reacción legítima, que, en realidad, debería mantenerse. En cuanto al no reconocimiento, indicó que lo había considerado como posible contramedida. Se refería desde luego a los casos en que hubiese una obligación de reconocer. En cuanto al acto de reconocimiento, los Estados permanecían en libertad para reconocer o no a un gobierno o Estado extranjero. Esto no significaba, sin embargo, que el Estado que no otorgase el reconocimiento pudiese lícitamente hacer caso omiso de la existencia del Estado autor del hecho lesivo, por ejemplo enviando aeronaves para sobrevolar el territorio de ese Estado. El no reconocimiento, considerado como contramedida, estaba sujeto a las mismas limitaciones establecidas para las contramedidas en el proyecto de artículos. Finalmente, el Relator Especial señaló la opinión consultiva dictada por la CIJ en el asunto relativo a las *Consecuencias jurídicas para los Estados de la continua presencia de Sudáfrica en Namibia (Africa sudoccidental) no obstante la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad*<sup>88</sup> en relación con el no reconocimiento de la soberanía de Sudáfrica sobre Namibia.

<sup>88</sup> C.I.J. Recueil 1971, pág. 16.

## Capítulo IV

### RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR LAS CONSECUENCIAS PERJUDICIALES DE ACTOS NO PROHIBIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL

#### A. — Introducción

277. En su 30.º período de sesiones, en 1978, la Comisión incluyó en su programa de trabajo el tema «Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional» y nombró Relator Especial del tema al Sr. Robert Q. Quentin-Baxter<sup>89</sup>.

278. Entre su 32.º período de sesiones (1980) y su 36.º período de sesiones (1984), la Comisión recibió y examinó cinco informes del Relator Especial<sup>90</sup>. Los informes tenían por objeto elaborar una base teórica y un plan esquemático del tema y contenían propuestas relativas a cinco proyectos de artículos. El plan esquemático figuraba en el tercer informe presentado por el Relator Especial a la Comisión en su 34.º período de sesiones, en 1982<sup>91</sup>. Los cinco proyectos de artículos se proponían en el quinto informe presentado por el Relator Especial a la Comisión en su 36.º período de sesiones, en 1984. Esos proyectos de artículos fueron examinados por la Comisión, pero no se acordó remitirlos al Comité de Redacción.

279. En su 36.º período de sesiones, en 1984, la Comisión dispuso también de la documentación siguiente: las respuestas a un cuestionario que el Asesor Jurídico de las Naciones Unidas había dirigido en 1983 a 16 organi-

zaciones internacionales con objeto de determinar, entre otras cosas, hasta qué punto las obligaciones que los Estados habían contraído recíprocamente y cumplían como miembros de organizaciones internacionales podían corresponder a algunos de los procedimientos indicados en el plan esquemático, o suplirlos<sup>92</sup>, y un estudio preparado por la Secretaría titulado «Estudio sobre la práctica de los Estados relativa a la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional»<sup>93</sup>.

280. En su 37.º período de sesiones, en 1985, la Comisión nombró Relator Especial del tema al Sr. Julio Barboza. De 1985 a 1991, la Comisión recibió siete informes del Relator Especial<sup>94</sup>. En su 40.º período de sesiones, en 1988, la Comisión remitió al Comité de Redacción los proyectos de artículos 1 a 10 propuestos por el Relator Especial para el capítulo I (Disposiciones generales) y el capítulo II (Principios)<sup>95</sup>. En su 41.º período de sesiones, en 1989, la Comisión remitió al Comité de Redacción la versión revisada de esos artículos, que quedaron reducidos a nueve<sup>96</sup>.

<sup>89</sup> En ese período de sesiones la Comisión constituyó un grupo de trabajo para que procediera a un examen preliminar del alcance y la naturaleza de este tema y presentara un informe al respecto. Véase el informe del Grupo de Trabajo en *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), págs. 147 a 149.

<sup>90</sup> Los cinco informes del Relator Especial han sido reproducidos como sigue:

Informe preliminar: *Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), pág. 259, documento A/CN.4/334 y Add.1 y 2;

Segundo informe: *Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), pág. 113, documento A/CN.4/346 y Add.1 y 2;

Tercer informe: *Anuario... 1982*, vol. II (primera parte), pág. 61, documento A/CN.4/360;

Cuarto informe: *Anuario... 1983*, vol. II (primera parte), pág. 213, documento A/CN.4/373;

Quinto informe: *Anuario... 1984*, vol. II (primera parte), pág. 162, documento A/CN.4/383 y Add.1.

<sup>91</sup> El texto del plan esquemático se reprodujo en *Anuario... 1982*, vol. II (segunda parte), párr. 109. Las modificaciones al plan esquemático introducidas por el anterior Relator Especial figuran en *Anuario... 1983*, vol. II (segunda parte), párr. 294.

<sup>92</sup> Las respuestas al cuestionario figuran en *Anuario... 1984*, vol. II (primera parte), pág. 135, documento A/CN.4/378.

<sup>93</sup> *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), Adición, documento A/CN.4/384.

<sup>94</sup> Esos informes del Relator Especial han sido reproducidos como sigue:

Informe preliminar: *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), pág. 101, documento A/CN.4/394;

Segundo informe: *Anuario... 1986*, vol. II (primera parte), pág. 153, documento A/CN.4/402;

Tercer informe: *Anuario... 1987*, vol. II (primera parte), pág. 49, documento A/CN.4/405;

Cuarto informe: *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte), pág. 254, documento A/CN.4/413;

Quinto informe: *Anuario... 1989*, vol. II (primera parte), pág. 139, documento A/CN.4/423;

Sexto informe: *Anuario... 1990*, vol. II (primera parte), pág. 89, documento A/CN.4/428 y Add.1;

Séptimo informe: *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/437.

<sup>95</sup> El texto de esos proyectos de artículos figura en *Anuario... 1988*, vol. II (segunda parte), pág. 11.

<sup>96</sup> Para el texto, véase *Anuario... 1989*, vol. II (segunda parte), págs. 90 y 91, párr. 311. Posteriormente, el Relator Especial propuso en su sexto informe nuevos cambios en esos artículos; véase *Anuario... 1990*, vol. II (primera parte), págs. 112 a 117, documento A/CN.4/428 y Add.1, anexo.

## B. — Examen del tema en el actual período de sesiones

### I. EL OCTAVO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

281. En el actual período de sesiones, la Comisión examinó el octavo informe del Relator Especial (A/CN.4/443) en sus sesiones 2268.<sup>a</sup> a 2273.<sup>a</sup> y 2282.<sup>a</sup>. Al término del debate, la Comisión constituyó un Grupo de Trabajo para que examinase determinados aspectos generales del tema. La Comisión, basándose en las recomendaciones del Grupo de Trabajo, adoptó las decisiones que figuran en los párrafos 341 a 349 *infra*.

282. En su octavo informe, el Relator Especial examinaba brevemente el estado y el objeto de los artículos que había propuesto hasta ahora. Se indicaba en ese informe que, aparte de los nueve primeros artículos ya remitidos al Comité de Redacción, otros artículos que se habían propuesto eran meramente exploratorios, excepto el artículo 10, relativo al principio de no discriminación, principio generalmente apoyado por la Comisión. En el octavo informe se presentaba un examen más extenso del desarrollo del principio de la prevención y se proponían nueve artículos al respecto. También se intentaba definir con más claridad los conceptos de riesgo y de daño.

283. En su octavo informe, el Relator Especial hacía referencia a la opinión que consideraba mayoritaria en el último período de sesiones de la Comisión y en la Sexta Comisión de la Asamblea General. Esa opinión propiciaba un instrumento separado de carácter recomendatorio sobre las obligaciones de carácter «procesal» relacionadas con la prevención del daño transfronterizo (es decir, las obligaciones de notificación, información y consulta). Por otra parte, en la Comisión había división de opiniones sobre si las «medidas unilaterales de prevención» (es decir, las medidas jurídicas, administrativas y judiciales) para obligar a los explotadores privados a adoptar la mejor tecnología preventiva debían constituir una obligación o una simple recomendación. Las obligaciones preventivas unilaterales se impondrían a los Estados, mientras que a los explotadores privados se les exigiría responsabilidad por el daño causado independientemente de las medidas preventivas que pudieran haber tomado. En opinión del Relator Especial sería práctico, al menos por dos razones, incluir los artículos relativos a las normas preventivas, tanto las sustantivas como las de procedimiento, en un anexo. Ello resolvería la incongruencia que para algunos miembros representaba la imposición de obligaciones de prevención en este tema, puesto que el incumplimiento de esas obligaciones entrañaría la responsabilidad de los Estados. Además, no implicaba a los Estados directamente, lo que hubiera suscitado otras cuestiones que tendrían que ser resueltas, como, por ejemplo, la inmunidad de un Estado respecto de la jurisdicción de los tribunales de otro Estado. Este enfoque concordaba también con la práctica actual en materia de tratados, en la que los tratados sobre responsabilidad no incluían medidas preventivas. En virtud de esas convenciones, los explotadores eran responsables del daño que causarían, independientemente de las medidas de prevención que hubieran adoptado. Sin embargo, el Relator Especial no había eliminado la

posibilidad de optar por otra solución. Si predominaba la opinión de que debían existir obligaciones preventivas unilaterales separadas e independientes de las obligaciones de procedimiento recomendatorias relativas a la prevención, el artículo 1 que proponía en su octavo informe podía pasarse del anexo, donde se hallaba ahora, al texto principal. El único medio, a su juicio, de que las obligaciones de prevención y reparación pudieran incluirse en el mismo instrumento era atribuir la responsabilidad según los diferentes actos o según los diferentes sujetos (por ejemplo, responsabilidad del Estado en materia de prevención y responsabilidad civil en materia de reparación).

284. Sea cual fuere la naturaleza de los artículos relativos a la prevención, la Comisión tendría que examinar si las normas de la prevención con respecto a actividades que supusieran un riesgo de daño transfronterizo debían ser diferentes de las relativas a actividades causantes de ese tipo de daño. En su opinión, ambos tipos de actividades entrañaban reglas de prevención similares. Explicó que esas reglas normalmente enunciaban las medidas legislativas, administrativas y de aplicación que debían tomar los Estados. Las diferencias de carácter secundario entre las obligaciones preventivas de los dos tipos de actividades podían tratarse en el mismo conjunto de artículos, como había tratado de hacer en el informe.

#### a) Observaciones generales

285. Muchos miembros se refirieron a algunas cuestiones generales relativas al marco conceptual, el alcance y el planteamiento del tema.

286. Comentando la lentitud de los progresos realizados por la Comisión sobre este tema, algunos miembros sugirieron que ésta considerara la posibilidad de abordarlo de manera diferente. Estimaban que era de vital importancia ponerse de acuerdo sobre el punto en que debía comenzar la labor de la Comisión y el orden que debía seguir. Los problemas relacionados con el tema eran demasiado complejos y ni el concepto de culpa ni el de responsabilidad causal ofrecían la clave exclusiva. Era un ámbito en que parecía haber una cierta superposición entre la culpa y la responsabilidad causal. Quizá la esfera que abarcaba el tema debía dividirse en diferentes partes para que la Comisión pudiera abordar los problemas uno por uno, en la inteligencia de que se esforzaría por estudiar todos los aspectos del problema a su debido tiempo.

287. En opinión de algunos miembros sería provechoso que la Comisión adoptara pronto una decisión sobre la formulación de directrices o declaraciones de principios para llenar un aparente vacío conceptual en el tema y facilitar la obtención con más rapidez de un consenso sobre el fondo de los artículos. Por ejemplo, la Comisión podría limitarse a elaborar una serie de principios sobre los derechos y obligaciones de los Estados concernientes a la utilización de los territorios, zonas u objetos que estuvieren bajo su jurisdicción o control. La Declaración de Estocolmo<sup>97</sup> y la Declaración

<sup>97</sup> Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972 (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: S.73.II.A.14 y corrección), primera parte, cap. I.

de Río<sup>98</sup> podrían servir de punto de partida. La Comisión podría mejorar esas declaraciones y dar una forma jurídica apropiada a los debates que se habían celebrado en foros de perspectiva predominantemente política. Pero, a juicio de otros miembros de la Comisión, la sugerencia de tomar una decisión inmediata sobre la forma del posible instrumento que se elaborara sobre este tema no era prudente ni constituía la solución. Por lo que respecta a los debates sobre este punto en particular, véanse los párrafos 292 a 294 *infra*.

288. En cuanto al marco conceptual del tema, algunos miembros señalaron que la falta de una división claramente trazada entre este tema y el de la responsabilidad de los Estados podía haber contribuido a la dificultad que experimentaba la Comisión para formular en esta materia una base teórica generalmente aceptable. Teóricamente era difícil imaginar un régimen jurídico en el que fuese lícito infligir a alguien un daño siempre que se le pagase una indemnización. Evidentemente, había casos de indemnización por actos lícitos como las nacionalizaciones. También se podían concebir casos en que se pagara indemnización por actividades cuya ilicitud estuviera excluida por razón de fuerza mayor, peligro extremo, estado de necesidad, etc., pero este ejemplo correspondía al ámbito de la responsabilidad de los Estados. Sobre este punto se sugirió que las cuestiones que abarcaba este tema podían abordarse también de manera diferente, determinando si, con respecto a esas actividades, los Estados estaban obligados a velar por que no se causara daño extraterritorial u obligados a ejercer la diligencia debida en la realización de sus actividades. El planteamiento adoptado por la Comisión, es decir incluir normas de prevención y de responsabilidad, parecía estar en contradicción con el título del tema, que se refería únicamente a la responsabilidad. Según esta opinión, los instrumentos jurídicos relacionados con la responsabilidad normalmente no incluían norma alguna sobre la prevención. Se mencionó como ejemplo el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales.

289. Se sugirió también que debía aclararse el concepto de «responsabilidad internacional» (*international liability*) en lo concerniente tanto a la teoría general como a la cuestión de saber si la responsabilidad nacía del riesgo creado o del daño transfronterizo causado. Se hizo observar asimismo durante el debate que en diversos ordenamientos jurídicos nacionales no se distinguía, ni siquiera desde el punto de vista terminológico, entre el concepto de *liability* (obligación de reparar el daño causado) y el de *responsibility* (responsabilidad por hechos ilícitos), lo que complicaba más los trabajos sobre el tema. Algunos miembros se resistían a establecer un régimen rígido de responsabilidad causal; todo régimen de responsabilidad debía ser lo suficientemente flexible para poder tener en cuenta factores como lo razonable, la diligencia debida, el equilibrio de intereses, la equidad y la necesidad de no obstaculizar el progreso científico o el desarrollo económico. Al mismo tiempo, en todo sistema de responsabilidad se debía prever la indemnización de

las víctimas inocentes. En todo régimen de responsabilidad había que tener en cuenta también los factores externos, como actos de sabotaje y de guerra, en los que la responsabilidad normalmente pasaba del explotador o el Estado a los autores del acto de que se tratase. Se sugirió también que habría que fijar un límite a la responsabilidad de los explotadores o del Estado; al mismo tiempo debían preverse medios complementarios de financiación para velar por que la justicia y la equidad fueran respetadas en el caso de víctimas inocentes.

290. Se expresaron algunas opiniones en apoyo de un régimen de responsabilidad civil en que los explotadores tuvieran que soportar los costos del daño que causarían. Esa obligación era equivalente al llamado principio de «quien contamina, paga» en el contexto ambiental. Algunos miembros estimaron que el tema debía limitarse exclusivamente a la responsabilidad de los explotadores; en otro caso los Estados en desarrollo se verían en una posición desventajosa. Otros miembros consideraron que la mejor solución era incluir en el régimen de responsabilidad un plan de seguro internacional eficaz, con arreglo al cual se garantizara indemnización a las víctimas inocentes sin crear tensiones entre los Estados obligándoles a negociar entre sí con respecto a la indemnización.

291. No obstante, se acordó en general que en una época en que el mundo entero había emprendido una ofensiva contra la degradación del medio ambiente, la Comisión tenía una importante función que desempeñar y no debía dejar pasar la oportunidad de aportar una contribución erudita en el marco de su mandato. La tarea de la Comisión era no sólo delicada y compleja sino también vital, pues en el mundo se estaban produciendo avances tecnológicos, algunos de los cuales tenían también graves consecuencias ambientales, todo ello en un contexto caracterizado por las necesidades económicas de los países desarrollados y en desarrollo. Una labor fructífera sobre este tema beneficiaría a todos los Estados y constituiría una importante aportación al desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación.

#### b) La naturaleza del instrumento en preparación

292. Muchos miembros abordaron la cuestión de la posible forma del instrumento que había de preparar la Comisión sobre este tema. Se pusieron de manifiesto dos opiniones. Con arreglo a una de ellas, se propugnaba que la Comisión tomase pronto una decisión sobre la naturaleza del instrumento que se había de redactar. Quienes sostenían la otra opinión alertaron contra una decisión prematura y apresurada sobre una cuestión tan importante.

293. Los miembros que sostenían la primera opinión, aun admitiendo que no era práctica normal de la Comisión tomar esa decisión tan pronto y antes de concluir sus trabajos sobre un tema, estimaban que tal decisión sería prudente con respecto a este tema particular. Se refirieron a la extraordinaria complejidad del tema y al hecho de que la Comisión se hallara en el límite extremo del desarrollo progresivo del derecho. Estas razones, junto con la magnitud de los problemas experimentados por la Comisión en el último decenio, exigían, a su modo de ver, un enfoque innovador por parte de la Comisión para superar el problema. Estimaban que una pronta de-

<sup>98</sup> Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, aprobada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo el 13 de junio de 1992, documento A/CONF.151/26/Rev.1 (vol. I).

cisión de la Comisión en el sentido de que las disposiciones sobre este tema tuvieran el carácter de una declaración o formulación de principios sería muy provechosa para facilitar la formación de un consenso sobre el fondo de los artículos que se habían de redactar. Sería difícil llegar a tal consenso sobre el fondo de los artículos si éstos se destinaban a formar parte de un tratado e imponer obligaciones preceptivas a los Estados. A su juicio, la decisión de la Comisión de preparar una declaración de principios sobre este tema no reduciría su utilidad. Mencionaron la experiencia positiva de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos, que comenzó por la preparación de una declaración. Por otra parte se señaló que, puesto que las obligaciones de prevención del Estado estaban bien consolidadas en derecho internacional, sería preferible la codificación por medio de un tratado.

294. Los miembros que sostenían la otra opinión invocaron la práctica normal de la Comisión de aplazar toda decisión definitiva sobre la naturaleza del instrumento que en su caso surgiría de los trabajos de la Comisión sobre un determinado tema hasta la terminación de esos trabajos. No creían que una decisión inmediata sobre esta cuestión redujera sustancialmente la complejidad del tema o garantizase la rapidez de los progresos de la Comisión. Aunque algunos de los miembros que expresaron esta opinión indicaron que por el momento estimaban que podría ser más apropiado un instrumento de carácter recomendatorio, no deseaban tomar una decisión definitiva en la presente etapa.

### c) *Prevención*

295. Varios miembros se refirieron a la petición del Relator Especial de que expresaran sus opiniones acerca de la posibilidad de colocar los artículos sobre la prevención en un anexo y presentarlos como una recomendación. Muchos de ellos estimaban que las normas sobre la prevención constituían una importante parte del tema, pero no deseaban tomar ya una decisión en cuanto a su carácter, recomendatorio o preceptivo. Sin embargo, varios miembros consideraron que los artículos sobre la prevención debían seguir siendo recomendatorios; todos los demás artículos debían formularse también como recomendaciones.

296. Se recordó que, en el 43.º período de sesiones de la Comisión, la principal tendencia de las opiniones parecía favorable a la sola inclusión de obligaciones de procedimiento recomendatorias sobre la prevención. Sin embargo, la versión revisada de los artículos sobre la prevención ya no se refería simplemente al procedimiento, sino que contenía también considerables elementos sustantivos. Por consiguiente, varios miembros no estaban convencidos de que las normas preventivas debieran colocarse en un anexo, separado del texto principal de las disposiciones, o de que debieran seguir teniendo carácter recomendatorio. Tomaron nota de las preocupaciones del Relator Especial, pero no estaban convencidos de que estas preocupaciones fueran suficientes para descartar la idea de formular normas que impusieran a los Estados la obligación de prevenir el daño transfronterizo de actividades realizadas en su territorio o bajo su jurisdicción. Dada la falta de todo progreso real en la formulación de normas sustantivas sobre

responsabilidad por daño causado por actividades no prohibidas por el derecho internacional, la formulación de un conjunto de normas sobre el problema de la prevención podía satisfacer, por lo menos, algunas de las necesidades de la comunidad internacional. Estimaban que el deber de reparar, en todo caso, no debía subordinarse a la obligación de prevenir, pues el deber de reparar se basaba en el principio de la equidad, en virtud del cual no había que dejar que la víctima inocente soportara sola la pérdida.

297. Se hizo la observación de que había en derecho internacional general un principio sólidamente establecido en el sentido de que los Estados tenían la obligación de ejercer vigilancia para limitar o, de ser posible, impedir los daños transfronterizos importantes causados por actividades presuntamente lícitas. Se señaló que el Relator Especial se resistía a suscribir esa opinión por estimar que crearía problemas metodológicos al desplazar la cuestión de las actividades lícitas a los actos ilícitos. Pero, aun cuando la Comisión se limitara a las actividades lícitas, tendría que decidir en qué momento dejaban de ser lícitas. Esta cuestión sólo podía decidirse determinando cuáles eran las obligaciones de un Estado para prevenir el daño emanado de esas actividades. Esto hacía de las obligaciones preventivas el verdadero núcleo central del tema. Por consiguiente, no podían seguir siendo meramente recomendaciones.

298. Algunos otros miembros estimaron que todos los artículos sobre este tema debían ser de carácter recomendatorio. Pero, aun dejando aparte la cuestión de la forma definitiva del proyecto de artículos, opinaban que los artículos sobre la prevención no debían ser obligatorios. Convenían con el Relator Especial en que la imposición de obligaciones preventivas diluiría las diferencias entre el presente tema y el de la responsabilidad de los Estados. Pensaban que en una situación ideal, en que las relaciones entre los Estados fuesen relativamente estables y armoniosas, las disposiciones formuladas por el Relator Especial probablemente funcionarían sin dificultad. Pero las relaciones entre los Estados interesados en las situaciones que abarcaba este tema podían no ser las ideales, en cuyo caso serían remotas las posibilidades de celebrar consultas eficaces, para no hablar de la solución pacífica de las controversias. Por consiguiente, en lo que respecta a la protección de la víctima inocente, la mejor opción implicaría algún plan de seguro para cubrir los daños que causaran tales actividades.

299. También se hicieron observaciones sobre otros aspectos de las normas relativas a la prevención.

300. La opinión del Relator Especial de que el derecho internacional prohibía en principio las actividades que causaran un importante daño transfronterizo implicaba, a juicio de algunos miembros, que esas actividades sólo podían realizarse con el consentimiento del Estado potencialmente lesionado. Esto significaba que el consentimiento previo no sería más que una circunstancia que excluiría la ilicitud en el sentido del artículo 29 de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados<sup>99</sup>. Ese supuesto podía hacer más difícil mantener separados los dos temas.

<sup>99</sup> Para el texto, véase *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), pág. 32.

301. Se expresaron diversas opiniones con respecto a la ampliación del concepto de prevención para incluir medidas tomadas después de producirse el daño a fin de minimizar los efectos del mismo. En opinión de algunos miembros, las medidas tomadas después de producirse el daño no eran técnicamente de carácter preventivo, sino que se tomaban para atenuar el daño y debían mencionarse como tales. En cambio, algunos otros miembros manifestaron estar totalmente de acuerdo con el concepto más amplio de prevención del Relator Especial. Estimaban que la prevención presentaba dos aspectos: impedir que se produjera un daño importante y, una vez ocurrido un accidente, evitar que se multiplicaran sus efectos. Percibían una tendencia, manifestada en los últimos años, a la ampliación del alcance del concepto de prevención. Se dio como ejemplo la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en la que se hacían referencias a la prevención, la reducción y el control de la contaminación del medio marino. En algunos aspectos las disposiciones relativas a la prevención habían tenido por objeto no evitar del todo el efecto perjudicial de una actividad, sino limitar la magnitud del daño causado.

302. También se hizo la observación de que el concepto de prevención era un concepto relativo y dependía de la tecnología de que dispusiera un determinado Estado. En algunas circunstancias podría ser imposible incluso prever las consecuencias de una determinada actividad. Evidentemente, en tales situaciones no podían adoptarse medidas preventivas.

#### d) Observaciones sobre determinados artículos

##### i) Artículo I.—Medidas de prevención<sup>100</sup>

303. En este artículo se formula la primera obligación del Estado en relación con las actividades que causan o crean un riesgo de causar un daño transfronterizo. Con arreglo a este artículo, todo Estado está obligado a evaluar el daño transfronterizo que pueda causar cualquier actividad que entre dentro del ámbito del tema. El artículo I establece un principio básico, a saber, el de que las actividades que causen o creen un riesgo de causar un daño transfronterizo requieren la autorización previa del Estado bajo cuya jurisdicción o control hayan de realizarse. Si un Estado descubre que una de esas actividades se está llevando a cabo bajo su jurisdicción o control pero sin su autorización, debe evaluar las repercusiones de la actividad de que se trate e insistir en la necesidad de que sean objeto de autorización previa. Las palabras «mejor tecnología disponible» están tomadas del *Code de conduite relatif à la pollution accidentelle*

<sup>100</sup> El proyecto de artículo I decía lo siguiente:

##### «Artículo I.—Medidas de prevención

«Las actividades del artículo 1 del texto principal deberían requerir autorización previa del Estado bajo cuya jurisdicción o control han de realizarse. Antes de autorizar o de emprender una de esas actividades, el Estado debería disponer una evaluación del daño transfronterizo que ella pueda causar y asegurar, por acciones legislativas, administrativas y de aplicación, que los responsables de su conducción utilicen la mejor tecnología disponible para evitar el daño transfronterizo significativo o para minimizar el riesgo de su producción, según corresponda.»

*des eaux intérieures transfrontières* (Código de conducta sobre contaminación accidental de las aguas interiores transfronterizas)<sup>101</sup>, elaborado con los auspicios de la CEPE.

304. Las opiniones de los miembros sobre este artículo se dividían en dos grandes categorías: la de los que lo consideraban superfluo y la de los partidarios de su mantenimiento.

305. Según la primera opinión, el artículo I enunciaba algo evidente. Las actividades comprendidas en el ámbito del tema podían perjudicar también el medio ambiente, la vida y los bienes en el territorio del propio Estado de origen. Y, habida cuenta de esas posibles ramificaciones internas, los Estados no permitían normalmente la realización de tales actividades dentro de su territorio sin su previa autorización. Esa autorización no se concedería normalmente sino después de una cuidadosa evaluación de las repercusiones socioeconómicas y ambientales de esas actividades. Los que mantenían esta opinión formulaban además otras objeciones al artículo I. En primer lugar, la de que la obligación que en él se imponía a los Estados de adoptar medidas legislativas, administrativas o de aplicación, de carácter especial, constituía una injerencia en los asuntos internos de los Estados. Había que dejar que fueran los propios Estados los que determinaran cómo cumplir las obligaciones que hubieran asumido. En segundo lugar, considerando que no siempre era posible evaluar correctamente las repercusiones transfronterizas de algunas actividades, estimaban impropio imponer semejante tarea imposible a los Estados.

306. Los partidarios del mantenimiento del artículo I argüían a su vez que la obligación que en él se imponía a los Estados era perfectamente razonable. Nada más justo que exigir de los Estados que no permitiesen la realización de actividades que podían ocasionar daños transfronterizos sino después de haber evaluado sus repercusiones ambientales. La autorización para la realización de esas actividades no debía ser considerada como un asunto puramente interno.

307. Para mejorar este artículo se hicieron varias sugerencias. Por ejemplo: a) como el artículo versaba principalmente sobre la evaluación de las repercusiones transfronterizas de las actividades, el título más adecuado sería «evaluación»; b) el artículo podía dividirse en apartados, en los que se detallaran las distintas cuestiones tratadas; c) el artículo debía referirse también a los efectos de un sistema de seguro. El seguro no debía ser considerado como un sistema exclusivamente limitado a garantizar la reparación del daño. La obligación de suscribir un seguro para las actividades comprendidas dentro del ámbito de este tema tendría un efecto indirecto sobre la prevención, por cuanto obligaría a las empresas a reducir los riesgos de daño para no pagar una prima demasiado elevada. Los Estados no deberían conceder su autorización mientras los explotadores no hubieran contratado un seguro.

<sup>101</sup> CEPE, *Code de conduite relatif à la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières* (publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta: F.90.II.E.28), art. II, párr. 1.

ii) *Artículo II.—Notificación e información*<sup>102</sup>

308. El artículo II impone una obligación de notificación y de información a los Estados que puedan verse afectados por un daño transfronterizo. El Relator Especial opinaba que la información estaba estrechamente relacionada con la notificación y las consultas. Este artículo no imponía, a su juicio, una carga excesiva al Estado de origen, por cuanto la información no suponía un esfuerzo adicional de investigación que fuera más allá de lo que el Estado hubiera hecho ya. Para dejarlo bien claro se había utilizado precisamente la palabra «disponible». Lo que se requería del Estado de origen era que proporcionara la información que tuviera, sin imponerle la obligación de proceder a más investigaciones de las que ya hubiera efectuado. Si resultaba difícil apreciar la magnitud de los probables efectos de la actividad examinada, el Estado de origen debía recabar la asistencia de una organización internacional con competencia en la materia.

309. Acerca del contenido principal de este artículo se manifestaron dos opiniones distintas.

310. Con arreglo a una de ellas, el artículo II establecía la obligación de informar a los que podían resultar perjudicados por las consecuencias de actividades propias, principio que ya existía en derecho interno. Los miembros que apoyaban el artículo II estaban de acuerdo con el Relator Especial en que la obligación de informar estaba estrechamente relacionada con la de notificar. Era razonable exigir que, en los casos en que el daño transfronterizo fuera seguro o probable, se siguiera el procedimiento de notificación e información. El artículo era aplicable tanto a las actividades que entrañaban un riesgo como a las que tenían efectos nocivos. No obstante, en lo concerniente a las medidas de prevención de unas y de otras, se manifestó cierta preferencia por la consideración separada de esos dos tipos de actividades. Se sugirió también que, al revisar el artículo II, se tomase asimismo en consideración la experiencia adquirida en la redacción de los muchos convenios existentes sobre protección y preservación del medio marino. Un miembro, aunque apoyaba en lo fundamental el artículo II, hizo notar que sería lógico que los Estados que pudieran verse afectados fueran informados por el Estado de origen antes de que éste diera la autorización necesaria para la realización de actividades que pudieran afectar a los primeros.

311. La otra opinión no veía la utilidad del artículo II, que era a su juicio poco práctico. Con arreglo a esta opinión, toda actividad que entrañase un riesgo de daño transfronterizo importante constituía un acto ilícito, del

que en todo caso debía abstenerse el Estado de origen. Por lo tanto, el artículo II no tenía ninguna utilidad. Dicho artículo resultaría, por otra parte, poco práctico, ya que no era probable que los Estados se abstuvieran de actividades lícitas sólo porque su evaluación de dichas actividades pusiera de relieve un posible daño transfronterizo.

312. En lo concerniente al requisito de que el Estado de origen recabase la asistencia de organizaciones internacionales competentes, según una de las opiniones su viabilidad era dudosa, mientras que según otra ese requisito era sumamente útil. Con arreglo a esta última, las organizaciones tanto regionales como internacionales podían, en algunos casos, estar en mejor situación de suministrar a los Estados, especialmente en el caso de los países en desarrollo, asistencia técnica y financiera relacionada, por ejemplo, con las medidas de prevención que habrían de adoptarse. Como ejemplos de organizaciones internacionales y regionales que podían resultar útiles a este respecto se mencionaron la ONUDI, el OIEA y la Comisión del Océano Índico. También se sugirió que la disposición en la que se definiera el papel de las organizaciones internacionales se inspirase en los artículos 202 y 203 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Se comentó asimismo que, en lo concerniente a esta cuestión, debía prevalecer la concesión de trato preferencial a los países en desarrollo. Ya se había hecho así en los instrumentos más recientes de derecho internacional relacionados con cuestiones análogas<sup>103</sup>. Algunos miembros opinaron que los requisitos de notificación e información previstos en el marco del artículo II debían ser de obligado cumplimiento.

iii) *Artículo III.—Seguridad nacional y secretos industriales*<sup>104</sup>

313. El artículo III es una cláusula de salvaguardia que permite al Estado de origen reservarse informaciones vitales para su seguridad nacional o para la protección de secretos industriales. El artículo confía, de todos modos, en la cooperación de buena fe del Estado de origen con otros Estados para proporcionar toda la información posible según las circunstancias.

314. Algunos miembros comentaron brevemente este artículo, que constituía a su juicio un elemento útil y positivo del proyecto, elemento que podía incluso fomentar la aceptación por los Estados de la totalidad de este instrumento internacional.

<sup>102</sup> El proyecto de artículo II decía lo siguiente:

«Artículo II.—Notificación e información

»Si de la evaluación del artículo anterior surgiera la certeza o la posibilidad de daño transfronterizo significativo, el Estado de origen notificará de esa situación a los Estados presuntamente afectados y les transmitirá la información técnica disponible que fundare la evaluación. Si el efecto transfronterizo puede extenderse a una pluralidad de Estados, o si no resultara posible al Estado de origen determinar con precisión cuáles Estados se verán afectados, el Estado de origen procurará que una organización internacional con competencia en la materia lo asista en la identificación de los Estados afectados.»

<sup>103</sup> En este sentido se hicieron referencias al principio 6 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (véase nota 98 *supra*) y al Convenio sobre la Diversidad Biológica.

<sup>104</sup> El proyecto de artículo III decía lo siguiente:

«Artículo III.—Seguridad nacional y secretos industriales

»Los datos e informaciones vitales para la seguridad nacional del Estado de origen o para proteger secretos industriales podrán no ser transmitidos, aunque el Estado de origen cooperará de buena fe con los demás Estados interesados para proporcionar toda la información posible según las circunstancias.»

iv) *Artículo IV.—Actividades de efectos nocivos: consulta previa*<sup>105</sup>

315. El artículo IV constituye el primer caso de disposición separada exclusivamente reservada a las actividades de efectos nocivos. Se trata de actividades que, en el curso de su realización normal, producen daños transfronterizos. Cuando esos daños son evitables, el Estado de origen está obligado a exigir del explotador que adopte las medidas de prevención necesarias. Cuando el daño es inevitable, no puede irse más adelante sin mantenerse consultas con los Estados afectados. Estos estarán autorizados para hacer contrapropuestas sobre el desarrollo de la actividad de que se trate.

316. Los miembros de la Comisión que se refirieron al artículo IV no veían claro su objeto. Con arreglo a una opinión, si el Estado de origen sabía que una actividad iba a tener efectos nocivos, debía abstenerse de iniciarla o de autorizarla. Con arreglo a otra opinión, sin embargo, la actividad prevista podía ser muy importante para el desarrollo del Estado de origen y era posible que dicho Estado no tuviera ninguna otra forma de reducir al mínimo o en un grado apreciable los daños transfronterizos que pudiera ocasionar a sus vecinos. En tal situación no tendría objeto celebrar consultas, que era improbable que condujeran a un régimen acordado.

317. A este respecto se declaró que si el objeto de las consultas previas acerca de las actividades de efectos nocivos, consultas que se preveían no sólo en el artículo IV, sino también en los artículos V<sup>106</sup> y VII<sup>107</sup>, era llegar a un régimen acordado que permitiera esas actividades a pesar de tales efectos nocivos, dicho objeto debía formularse con más claridad. Había que indicar además que esas consultas previas podían llevar a una modificación del plan inicial propuesto por el Estado que autorizara las actividades o, posiblemente, incluso a alguna forma de indemnización de los demás Estados cuyos intereses hubieran resultado vulnerados por tales actividades. Se sugirió asimismo que en el artículo IV se pusiera claramente de relieve que, en el caso de actividades cuyos daños pudieran evitarse, el objeto de las consultas sería obtener el acuerdo del Estado afectado para el establecimiento de un régimen jurídico de prevención aceptable, ya que el término «consulta» se utilizaba muchas veces en casos en los que no era obligatorio obtener el consentimiento de la otra parte. El artículo IV debía especificar también las características de un régimen jurídico para el cual se solicitara, en caso de daños evitables, el consentimiento de los Estados afectados.

318. El artículo IV se calificó también de problemático por otro motivo. En efecto, se hizo notar que si el artículo IV iba a introducir el veto de las actividades de efectos nocivos por parte del Estado afectado, esa dispo-

sición plantearía problemas en cuanto a la obtención del debido equilibrio entre los intereses de ambos Estados durante las consultas. Si, por el contrario, no se preveía el veto del Estado afectado, era difícil ver los efectos jurídicos que tendría ese artículo cuando el Estado afectado no diera su consentimiento a actividades cuyos daños fueran inevitables. Por esas razones, algunos miembros sugirieron la supresión del artículo IV.

319. Se hizo asimismo la observación de que el punto de partida era el de que ciertas actividades de efectos nocivos podían ser lícitas, al menos en ciertas condiciones. No había ninguna razón válida para distinguir entre actividades de efectos nocivos y actividades de riesgo. En ambos casos eran precisas las consultas entre el Estado de origen y el Estado, o los Estados, potencialmente afectados, y para ambos era suficiente el proyecto de artículo VI<sup>108</sup>, razón por la cual no era necesario el artículo IV.

v) *Artículo V.—Alternativas a una actividad de efectos nocivos*<sup>109</sup>

320. Este artículo es el segundo que versa específicamente sobre actividades de efectos nocivos si resulta evidente que el daño transfronterizo es inevitable en las condiciones propuestas o que ese daño no puede ser debidamente indemnizado. En tales casos, los Estados potencialmente afectados pueden pedir al Estado de origen que requiera del solicitante de la autorización alternativas que hagan aceptable esa actividad. Este artículo constituye una solución intermedia entre las consultas y la prohibición.

321. Varios miembros se refirieron al artículo V y expusieron las dificultades que les planteaba, por dos razones casi opuestas. Según una opinión, en el artículo no se tenía suficientemente en cuenta el interés del Estado de origen, mientras que, con arreglo a la otra, el artículo V no protegía los intereses del Estado afectado. Para los miembros que compartían la primera opinión, el artículo V no era viable porque ponía al Estado de origen en una situación sin salida y en la que podía ser además víctima de abuso por parte del Estado potencialmente afectado. En consecuencia, el artículo V frustraría el objeto del artículo VIII<sup>110</sup> sobre solución pacífica de las controversias. Considerando que, de todas formas, se trataba aquí de actividades lícitas, bastaría, en tales casos, pedir al Estado de origen que reconsiderara la actividad y que reevaluara las posibles alternativas. La redacción actual del artículo V parecía equivaler, por su parte, a una prohibición de tales actividades, ya que el Estado de origen no podía ya decidir cuáles de ellas habían de ser autorizadas o reguladas.

<sup>105</sup> El proyecto de artículo IV decía lo siguiente:

«Artículo IV.—Actividades de efectos nocivos:  
consulta previa

»Antes de emprender o autorizar una actividad de efectos nocivos, el Estado de origen consultará con los Estados afectados con vistas a establecer para esa actividad un régimen jurídico aceptable a todos los interesados.»

<sup>106</sup> Para el texto, véase nota 109 *infra*.

<sup>107</sup> Para el texto, véase nota 112 *infra*.

<sup>108</sup> Para el texto, véase nota 111 *infra*.

<sup>109</sup> El proyecto de artículo V decía lo siguiente:

«Artículo V.—Alternativas a una actividad  
de efectos nocivos

»Si de aquellas consultas surge que el daño transfronterizo es inevitable en las condiciones propuestas para la actividad, o bien que tales daños no pueden ser adecuadamente compensados, el Estado afectado podrá pedir al de origen que requiera del solicitante de la autorización alternativas que hagan aceptable la actividad.»

<sup>110</sup> Para el texto, véase nota 113 *infra*.

322. Los miembros que estimaban que el artículo no protegía suficientemente el interés del Estado afectado pusieron de relieve la ineficacia de las opciones que se ofrecían con ese artículo. Opinaban, en efecto, que si el daño transfronterizo era inevitable o se llegaba a la conclusión de que ese daño no podía ser debidamente indemnizado, autorizar simplemente al Estado afectado para pedir al Estado de origen que examinase alternativas era demasiado poco. En el artículo debía declararse que si el explotador no podía ofrecer alternativas aceptables, el Estado de origen no podía a su vez autorizar las actividades propuestas.

vi) *Artículo VI.—Actividades de riesgo: la consulta para un régimen*<sup>111</sup>

323. El artículo VI se refiere a la situación específica de las actividades que crean un riesgo de causar un daño transfronterizo. Este artículo pone claramente de relieve que una de las diferencias principales entre las actividades de efectos nocivos transfronterizos y las actividades que entrañan un riesgo de causar un daño transfronterizo es precisamente el objeto de la obligación de celebrar consultas. Con arreglo al artículo VI, los Estados interesados se consultarán, si fuere necesario, para determinar la magnitud del eventual daño transfronterizo, las posibles modificaciones de la actividad planeada o las medidas preventivas y los planes contingentes para caso de daño. El artículo VI dispone además que la responsabilidad por los daños transfronterizos causados estará sujeta a lo dispuesto en los artículos correspondientes del texto principal, a menos que las partes puedan convenir en un régimen especial de indemnización.

324. Fueron pocos los miembros que se refirieron en sus comentarios al artículo VI. Los que lo hicieron se manifestaron de acuerdo con el Relator Especial en que, en la cuestión del problema de las consultas previas, se planteaban dos cuestiones fundamentales. Por una parte, no debía permitirse que los Estados exportaran los costos de sus actividades industriales, por ejemplo, imponiendo cargas a los otros Estados, al mismo tiempo que conservaban para sí mismos todos los beneficios de dichas actividades; por otra parte, los Estados vecinos no debían disponer de veto sobre las actividades previstas de un Estado, siempre que en esta materia se hubieran seguido procedimientos apropiados para reducir al mínimo el riesgo de daño. Ese régimen se estimaba compatible con la naturaleza de las obligaciones actualmente previstas en el anexo. Debía, por lo tanto, redactarse de nuevo el artículo para definir con más precisión el propósito de las consultas, conforme se explicaba en el octavo informe del Relator Especial.

<sup>111</sup> El proyecto de artículo VI decía lo siguiente:

«Artículo VI.—*Actividades de riesgo: la consulta para un régimen*

»En las actividades de riesgo, los Estados interesados se consultarán, si fuera necesario, para determinar el riesgo y la magnitud del eventual daño transfronterizo, con vistas a establecer los ajustes y modificaciones de la actividad planeada, las medidas preventivas y los planes contingentes que dieran satisfacción a los Estados afectados, entendiéndose que la responsabilidad por los daños causados estará sujeta a lo dispuesto en los artículos correspondientes del texto principal.»

vii) *Artículo VII.—Iniciativa de los Estados afectados*<sup>112</sup>

325. Este artículo ofrece al Estado afectado la oportunidad de tomar iniciativas cuando tiene razones para creer que una actividad bajo la jurisdicción o el control de otro Estado le causa un daño significativo o crea un riesgo significativo de causárselo. El Estado afectado podrá pedir al Estado de origen que cumpla las disposiciones del artículo II del anexo. La petición debería ir acompañada de una exposición técnica de las razones en que funda su opinión. Si la actividad resultara ser una de las mencionadas en el artículo 1 del texto principal, el Estado de origen resarciría los costos del estudio.

326. Las opiniones manifestadas acerca de este artículo pusieron de relieve un apoyo general a su idea básica. Los miembros consideraban útil permitir a un Estado potencialmente afectado por cualquier actividad que iniciara consultas tanto antes como después de la concesión de la autorización pertinente por el Estado de origen, e incluso cuando dicha actividad se hubiera ya iniciado o el daño estuviera ya manifestándose. Parecía inútil, sin embargo, el derecho del Estado potencialmente afectado a invocar el artículo II. Dicho Estado debía tener, en cambio, derecho a solicitar la celebración de consultas, las cuales se llevarían entonces a cabo como si hubieran sido iniciadas por el Estado de origen.

327. También se consideró innecesaria la exigencia que se formulaba en la última frase del artículo VII de que el Estado de origen sufragara los costos del estudio. Algunos consideraron incluso contraproducente esa idea, que podía impedir que las partes llegasen a una solución amistosa; por otra parte, pasaba por alto el hecho de que las actividades de que se trataba se consideraban lícitas. Incluso en el caso de que se mantuviera la última frase del artículo VII, se planteaba la cuestión de si la distinción que se establecía en los artículos IV y VI entre actividades de efectos nocivos y actividades de riesgo debía determinar quién había de pagar el costo del estudio. Si las actividades pertenecían a la primera categoría, quizá fuera razonable esperar que fuese el Estado de origen el que pagase ese costo. No podía decirse lo mismo, en cambio, en el caso de actividades que sólo entrañaran riesgo.

viii) *Artículo VIII.—Solución de controversias*<sup>113</sup>

328. Este artículo se redactó por haberse considerado esencial una rápida solución de las diferencias que pu-

<sup>112</sup> El proyecto de artículo VII decía lo siguiente:

«Artículo VII.—*Iniciativa de los Estados afectados*

»Si un Estado tuviere razones para creer que una actividad bajo la jurisdicción o control de otro Estado le causa un daño significativo, o crea un riesgo significativo de causárselo, podrá pedirle que cumpla con lo dispuesto en el artículo II de este anexo. La petición se acompañará de una exposición técnica de las razones en que funda su opinión. Si la actividad resultara ser una del artículo I del texto principal, el Estado de origen resarcirá los costos del estudio.»

<sup>113</sup> El proyecto de artículo VIII decía lo siguiente:

«Artículo VIII.—*Solución de controversias*

»Si las consultas mantenidas en cumplimiento de los artículos IV y VI anteriores no arrojaran un acuerdo, las partes someterán sus diferencias a los procedimientos de solución de controversias del anexo...»

dieran surgir entre las partes con respecto a las cuestiones objeto de estos artículos. El artículo VIII se refiere a aquellas situaciones en las que el Estado de origen y los Estados afectados no pueden resolver sus diferencias mediante consulta. Los procedimientos de solución pacífica de controversias que puedan establecerse se producirán en un anexo a esta parte de los artículos.

329. De las observaciones de los miembros que se refirieron a este artículo se deducía claramente que muchos creían que un artículo de este tenor era útil e incluso necesario. Tal artículo recordaría la obligación general de solución pacífica de las controversias y, si fuera necesario, remitiría a un anexo en el que se establecería un procedimiento particularmente flexible y rápido de solución. Esto, a su vez, fomentaría la celebración de consultas más serias. Pero en cualquier procedimiento de solución de controversias debían especificarse claramente los artículos en virtud de los cuales podría invocarse la obligación de aplicarlo. Si las disposiciones no se hacían obligatorias, era difícil instituir este tipo de procedimiento.

ix) *Artículo IX.—Factores del equilibrio de intereses*<sup>114</sup>

330. La finalidad principal de los artículos incluidos en el anexo es ofrecer un marco dentro del cual las partes

puedan resolver o conciliar sus diversos intereses en la realización de actividades que entrañan el riesgo de causar o causan un daño transfronterizo. Se espera que dentro de este marco las partes puedan lograr equilibrar sus diversos intereses. El artículo IX introduce factores que pueden ayudar en ese esfuerzo a las propias partes o al tercero al que incumba adoptar la decisión.

331. Los miembros que se refirieron al artículo IX expresaron dos opiniones diferentes.

332. Con arreglo a una opinión, el artículo IX era uno de los rasgos más atractivos del proyecto y el concepto que en él se preveía era sumamente provechoso. Para mejorar aún más el artículo, se sugirió que se hiciera una distinción entre los factores pertinentes al equilibrio de intereses respecto de actividades causantes de daño y los relativos a actividades que presentaban un riesgo de causar daño. Estos dos tipos de actividades comprendían problemas diferentes y probablemente factores diferentes que las partes negociadoras debían tener en cuenta. También se sugirió que la prueba del equilibrio de intereses en el artículo IX no se limitase solamente a las consultas entre los Estados, sino que se tuviera también debidamente en cuenta ese equilibrio como posiblemente constitutivo de una excepción al establecimiento de los regímenes de prevención previstos en los artículos IV y VI.

333. Según otra opinión, aun cuando pudiera ser importante indicar a los Estados lo que podía servir de base para sus consultas, debía quedar claro que los factores del artículo IX eran solamente de carácter recomendatorio y se ofrecían simplemente como orientación para los Estados. Por consiguiente, esos factores debían pasarse a un anexo, a un comentario sobre uno de los artículos relativos a las consultas o suprimirse totalmente.

e) *Nuevas definiciones propuestas para el artículo 2 (Términos empleados)*<sup>115</sup>

334. El Relator Especial explicó que en el período transcurrido desde que se remitiera al Comité de Redacción el artículo 2 había habido otras novedades fuera de la Comisión en lo que respecta a la formulación de instrumentos relativos a actividades que presentaran riesgo de causar o causaran daño transfronterizo en relación con ciertas actividades concretas, instrumentos que se enumeraban en el informe del Relator Especial<sup>116</sup>. Las opiniones expresadas en la Comisión y en la Sexta Comisión indicaban también una preferencia por una definición de riesgo más precisa o incluso una lista de las actividades que habrían de abarcar estos artículos. Por estas razones el Relator Especial había tratado de ofrecer una definición más clara de riesgo y de daño en beneficio del Comité de Redacción, en el que estaba pendiente el artículo 2. El Relator Especial indicó que, tras examinar las diversas definiciones de riesgo en los instrumentos jurídicos más recientes, había llegado a la conclusión de que en tal definición procedía tener en

<sup>114</sup> El proyecto de artículo IX decía lo siguiente:

«Artículo IX.—Factores del equilibrio de intereses

»En las consultas anteriores, y para encontrar un equitativo equilibrio de los intereses de los Estados interesados en relación con la actividad de que se trate, éstos podrán tener en cuenta los siguientes factores:

»a) El grado de probabilidad del daño transfronterizo, su posible gravedad y extensión, así como la probable incidencia de la acumulación de los efectos de la actividad en los Estados afectados;

»b) La existencia de medios de evitar dichos daños, teniendo en cuenta el más alto nivel de la tecnología en el manejo de la actividad;

»c) La posibilidad de desarrollar la actividad en otros lugares o con otros medios, o la disponibilidad de otras actividades alternativas;

»d) La importancia de la actividad para el Estado de origen, teniendo en cuenta para ello factores tales como los económicos, sociales, de seguridad, sanitarios y otros similares;

»e) La viabilidad económica de la actividad en relación con los posibles medios de prevención;

»f) Las posibilidades físicas y tecnológicas en relación con su capacidad de tomar medidas preventivas, de restaurar las condiciones ambientales preexistentes, de compensar el daño causado o de emprender actividades alternativas que ofrece el Estado de origen;

»g) Los estándares de protección que para la misma o comparables actividades aplica el Estado afectado, y los que se aplican en la práctica regional o internacional;

»h) Los beneficios que el Estado de origen o el Estado afectado derivan de la actividad;

»i) El grado en que los efectos nocivos se originan en un recurso natural o afectan el uso de un recurso compartido;

»j) La disposición del Estado afectado para contribuir en los costos de prevención o de reparación de los daños;

»k) El grado en que los intereses de los Estados de origen y afectados son compatibles con los intereses generales de la comunidad en su conjunto;

»l) El grado de disponibilidad de asistencia por parte de organizaciones internacionales para el Estado de origen;

»m) La aplicabilidad de principios y normas aplicables del derecho internacional.»

<sup>115</sup> Para el texto del artículo 2, tal como se remitió al Comité de Redacción en el 41.º período de sesiones, véase *Anuario... 1989*, vol. II (segunda parte), pág. 90.

<sup>116</sup> Véase *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/443.

cuenta tres criterios: *a*) la magnitud de la actividad emprendida, *b*) la ubicación de la actividad en relación con zonas de especial sensibilidad o importancia (tales como marismas, parques nacionales y lugares de especial interés científico o de importancia arqueológica, cultural o histórica) y *c*) los efectos de una determinada actividad sobre los seres humanos o sobre el uso potencial de ciertos recursos o zonas importantes. Por consiguiente, proponía otra definición de riesgo para el artículo 2<sup>117</sup>.

335. El Relator Especial señaló que había una serie de instrumentos jurídicos recientes en los que el concepto de daño se definía con más precisión. Habiendo tomado en consideración esas definiciones y las opiniones expresadas en la Comisión y en la Sexta Comisión, el Relator Especial proponía una nueva definición del concepto de daño. También recomendaba nuevos cambios en la definición de los términos que figuraban en el artículo 2, tal como lo había propuesto en su sexto informe<sup>118</sup>.

336. Los miembros que hicieron observaciones sobre la nueva definición de «riesgo» se manifestaron de acuerdo con el fondo de la misma pero estimaron que la redacción podía mejorarse. Declararon que si la Comisión se proponía tratar al mismo tiempo ambas actividades, las de riesgo y las de efectos nocivos sería preferible definir las en párrafos separados. Algunos miembros dudaban acerca del uso del calificativo «significativo» como umbral del riesgo. Se sugirió que la determinación del «riesgo significativo» podía conducir a debates inter-

minables. Por ejemplo, con respecto al uso pacífico de la energía nuclear, era poco probable que los Estados adoptasen la misma opinión sobre la probabilidad de un accidente en caso de que los reactores estuviesen situados en el territorio de un Estado generalmente conocido por su tecnología avanzada que si se trataba de un Estado del que se supiera que no era un Estado tecnológicamente avanzado. A su juicio, el núcleo del problema no residía tanto en la magnitud del riesgo como en la magnitud del daño potencial. Algunos otros miembros estimaron que era importante fijar un umbral para el riesgo. No estaban seguros de que hubiese claras distinciones entre diversos términos calificativos como «apreciable», «importante» o «significativo», pero en su opinión la Comisión debía convenir un umbral, aunque sólo fuera para lograr un mínimo de claridad respecto del alcance del tema.

337. Algunos miembros hicieron observaciones acerca de la nueva definición de daño. Se afirmó que era difícil elegir entre diversos calificativos el que debía aplicarse al daño en abstracto antes de que la Comisión decidiera sobre el contenido de los artículos de fondo. Se hizo notar que el Relator Especial manifestaba una preferencia por la definición de daño adoptada por el Grupo Especial sobre la responsabilidad y la obligación de reparar con respecto a la contaminación de las aguas transfronterizas de la CEPE, en la que el Estado afectado había de adoptar ciertas medidas para mitigar el daño<sup>119</sup>. Pero esa definición se consideró demasiado subjetiva; además en ella no se tenían suficientemente en cuenta las disparidades que podían existir entre los Estados interesados con respecto a las normas ambientales y a su situación económica. Algunos otros miembros consideraron que el criterio «significativo» era un umbral aceptable para el daño puesto que excluía un daño que fuera trivial y poco importante.

338. Algunos miembros expresaron opiniones sobre otros aspectos de la definición de daño. Se dijo, por ejemplo, que una definición de daño detallada podría no ser útil para los jueces puesto que sería demasiado rígida y podía dificultar sus tareas. Una definición de daño detallada también tenía el inconveniente de quedar anticuada debido a los adelantos tecnológicos, la creciente complejidad de las actividades industriales y la evolución de las actitudes y los niveles de tolerancia con respecto a estas cuestiones. De ahí que fuera preferible un umbral general para el daño.

339. Algunos miembros no se oponían a una definición detallada de daño, pero no estaban seguros de la pertinencia del concepto de «indemnización» en el apartado *c*. Esa referencia podía implicar que lo que se definía no era el daño sino las consecuencias del mismo. Se señaló que en ninguna sociedad se indemnizaban todos los daños; en todos los ordenamientos jurídicos se tenían en cuenta la utilidad de la actividad causante del daño y el alcance y la naturaleza de éste.

340. En lo que respecta al concepto de «daño transfronterizo» las observaciones se refirieron a dos cuestiones. Una fue la del daño a los espacios públicos internacionales y la otra el daño al territorio o a los nacionales del Estado de origen. En cuanto a la primera, se preguntó

<sup>117</sup> La nueva definición propuesta decía lo siguiente.

«'Riesgo' es el efecto combinado de la probabilidad de producción de un accidente con la amplitud de los daños termidos. "Actividad de riesgo", según los presentes artículos, es aquella en que el resultado de esa combinación es significativo. Esta situación puede presentarse cuando los efectos de la actividad son amenazantes, como cuando se emplean tecnologías, sustancias, organismos genéticamente modificados o microorganismos peligrosos, o cuando se emprenden grandes obras, o cuando sus efectos se ven agravados por la ubicación de los lugares donde se realiza, o por las condiciones, las formas o los medios en que se desarrolla.»

<sup>118</sup> Para el texto, véase *Anuario... 1990*, vol II (segunda parte), nota 341. Los nuevos cambios propuestos por el Relator Especial eran los siguientes

Se añadiría un nuevo apartado con el siguiente texto.

«'Daño' significa: *a*) la muerte, lesiones corporales o perjuicio a la salud de la persona, *b*) el daño a los bienes patrimoniales, *c*) la alteración en perjuicio del medio ambiente, entendiéndose que la indemnización correspondiente, además del lucro cesante, comprenderá el costo de las medidas razonables de reinstalación o restauración efectivamente tomadas o a tomarse, *d*) el costo de las medidas preventivas, así como los daños adicionales causados por estas medidas.»

El apartado *l* se sustituiría por el siguiente texto

«*l*) "Medidas de restauración" son las medidas razonables para reinstalar o restaurar los componentes dañados o destruidos del medio ambiente o reintroducir, cuando ello fuera razonable, el equivalente de esos componentes en el medio ambiente.»

Se modificaría el apartado *m* para que dijera lo siguiente

«*m*) "Medidas preventivas" son aquellas medidas razonables tomadas por cualquier persona luego de ocurrido un incidente, para prevenir o minimizar el daño referido en el apartado *d* de este artículo;»

El concepto de «daño transfronterizo» previsto en el apartado *g* se definiría de nuevo en la forma siguiente

«[ ] el producido en el territorio o en otras áreas bajo la jurisdicción o el control de un Estado como consecuencia física de una actividad del artículo 1, realizada bajo la jurisdicción o el control de otro Estado.»

<sup>119</sup> Véase documento ENVWA/R 45

si el tema debía tratar de actividades que causarían daños en los espacios públicos internacionales. El Relator Especial respondió que la Comisión todavía no había tomado una decisión definitiva. Si la Comisión decidía que el tema debía abarcar también el daño causado en los espacios públicos internacionales tendría que hacer los reajustes adecuados en la definición de los términos, así como en algunos aspectos de los artículos. En la actualidad había redactado los artículos sólo sobre la base del daño «transfronterizo». Por lo que respecta a la segunda cuestión, el Relator Especial convino con algunos otros miembros de la Comisión en que el tema debía tratar sólo del daño transfronterizo puesto que el elemento transfronterizo introducía el elemento de derecho internacional. Este tema, tal como estaba conceptualizado, no tenía por objeto el daño causado por actividades del Estado de origen en su propio territorio.

## 2. DECISIONES DE LA COMISIÓN

341. En su 2273ª sesión, el 16 de junio de 1992, la Comisión creó un Grupo de Trabajo, abierto a la participación de todos los miembros, para que examinara algunas de las cuestiones generales relativas al alcance, el planteamiento y la posible orientación de los trabajos futuros sobre el tema.

342. El Grupo de Trabajo celebró cinco sesiones, del 16 al 23 de junio de 1992.

343. En su 2282ª sesión, el 8 de julio de 1992, la Comisión examinó el informe del Grupo de Trabajo. Sobre la base de las recomendaciones del Grupo de Trabajo, la Comisión adoptó las siguientes decisiones.

### a) Alcance del tema

344. La Comisión tomó nota de que, en los últimos años de sus trabajos sobre este tema, había delimitado el ámbito general y los límites del tema pero todavía no había tomado una decisión definitiva en cuanto a su alcance concreto. En opinión de la Comisión, en este momento esa decisión podría ser prematura. Sin embargo, la Comisión convino en que, para facilitar los trabajos sobre el tema, sería prudente abordar su examen dentro de ese amplio ámbito por etapas y establecer prioridades para las cuestiones que se habían de estudiar.

345. Dentro de los supuestos formulados en el párrafo 344 *supra*, la Comisión decidió que se entendiera que el tema comprendía las cuestiones de la prevención y de las medidas de reparación. Sin embargo, la prevención debía estudiarse en primer lugar; sólo después de haber completado su trabajo sobre la primera parte del tema procedería la Comisión a ocuparse de la cuestión de las medidas de reparación. Estas medidas podían incluir en este contexto las encaminadas a aminorar el daño, rehabilitar la cosa dañada e indemnizar el daño causado.

346. En la presente etapa la atención debía centrarse en redactar artículos con respecto a las actividades que pre-

sentaban un riesgo de causar un daño transfronterizo y la Comisión no debía tratar en la presente etapa de otras actividades que de hecho causarían daño. Habida cuenta de la recomendación contenida en el párrafo 345 *supra*, los artículos debían tratar primero de las medidas preventivas respecto de las actividades que crearán un riesgo de causar daño transfronterizo y después las medidas de reparación cuando esas actividades hubieran causado un daño transfronterizo. Una vez que la Comisión hubiese terminado el examen de los artículos propuestos sobre estos dos aspectos de las actividades que presentaran un riesgo de causar un daño transfronterizo, decidiría sobre la siguiente etapa de los trabajos.

### b) Planteamiento que ha de adoptarse con respecto a la naturaleza de los artículos o del instrumento que se elabore

347. En opinión de la Comisión, sería prematuro decidir en la presente etapa sobre la naturaleza de los artículos que se habían de redactar o la forma del instrumento que surgiría de su labor sobre el tema. Sería prudente aplazar esa decisión, de conformidad con la práctica usual de la Comisión, hasta la terminación de los trabajos sobre el tema. La Comisión examinaría y adoptaría los artículos propuestos para este tema, de conformidad con su práctica usual, sobre la base de la validez de los artículos, su claridad y utilidad para las necesidades contemporáneas y futuras de la comunidad internacional y su posible contribución al fomento del desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación en esta esfera.

### c) Título del tema

348. Dada la ambigüedad del título del tema en lo que respecta a si comprendía «actividades» o «actos», la Comisión decidió mantener su hipótesis de trabajo de que el tema versaba sobre «actividades» y aplazar el cambio oficial del título, pues quizás sería necesario introducir en él otros cambios habida cuenta de los ulteriores trabajos sobre el tema. Por consiguiente, la Comisión esperará hasta que esté en condiciones de hacer una recomendación definitiva sobre los cambios que haya que introducir en el título.

### d) Recomendación relativa al siguiente informe del Relator Especial

349. La Comisión tomó nota con gratitud y reconocimiento de los informes anteriores del Relator Especial en los que las cuestiones de la prevención se examinaban en lo concerniente tanto a las actividades que presentaban un riesgo de causar un daño transfronterizo como a las que causaban ese daño. Pidió que el Relator Especial examinara de nuevo, en el siguiente informe que presentase a la Comisión, las cuestiones de la prevención sólo respecto de las actividades que presentaran un riesgo de causar daño transfronterizo y propusiera una serie revisada de proyectos de artículos sobre esa cuestión.

## Capítulo V

### OTRAS DECISIONES Y CONCLUSIONES DE LA COMISION

#### A. — El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación

350. En su 2292.<sup>a</sup> sesión, el 22 de julio de 1992, la Comisión nombró al Sr. Robert Rosenstock Relator Especial encargado del tema «El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación».

351. La Comisión desea recordar que en su 2237.<sup>a</sup> sesión, celebrada el 9 de julio de 1991<sup>120</sup>, decidió que, de conformidad con los artículos 16 y 21 de su Estatuto, el proyecto de artículos sobre este tema aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura se transmitiera por conducto del Secretario General a los gobiernos para que formularan sus comentarios y observaciones. La Comisión desea asimismo recordar que la Asamblea General, en el párrafo 9 de su resolución 46/54, señaló a la atención de los gobiernos la importancia que tenía para la Comisión contar con sus opiniones acerca del proyecto de artículos y les instó a que presentaran sus comentarios y observaciones por escrito a más tardar el 1.º de enero de 1993, como había sugerido la Comisión.

352. El Secretario General, en carta de 2 de diciembre de 1991, invitó a los gobiernos a que presentaran sus comentarios y observaciones antes del 1.º de enero de 1993. La Comisión desea subrayar la importancia de este plazo para la continuación de sus trabajos sobre el tema.

#### B. — Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad

353. La Comisión desea recordar que en su 2241.<sup>a</sup> sesión, celebrada el 12 de julio de 1991<sup>121</sup>, decidió, de conformidad con los artículos 16 y 21 de su Estatuto, que el proyecto de artículos sobre este tema aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura se transmitiera por conducto del Secretario General a los gobiernos para que formularan sus comentarios y observaciones. La Comisión también desea recordar que la Asamblea General, en el párrafo 9 de su resolución 46/54, diri-

gió a los gobiernos en relación con el presente tema la misma petición que se menciona en el párrafo 351 *supra*.

354. El Secretario General, en carta de 2 de diciembre de 1991, invitó a los gobiernos a que presentaran sus comentarios y observaciones antes del 1.º de enero de 1993. También en este caso la Comisión desea subrayar la importancia de este plazo para la continuación de su labor sobre el tema.

#### C. — Relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales (segunda parte del tema)

355. Por las razones que se exponen en los párrafos 360 a 363 *infra*, la Comisión decidió no proseguir el examen del tema durante el presente mandato de sus miembros, salvo que la Asamblea General acuerde otra cosa.

#### D. — Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación

356. En su 2253.<sup>a</sup> sesión, la Comisión tomó nota de que en el párrafo 6 de la resolución 46/54 la Asamblea General le ha pedido:

- a) Que examine detenidamente:
  - i) La planificación de sus actividades y su programa durante el mandato de sus miembros, teniendo presente la conveniencia de avanzar lo más posible en la preparación de proyectos de artículos sobre temas concretos,
  - ii) Sus métodos de trabajo en todos sus aspectos, incluida la posibilidad de dividir su período de sesiones anual en dos partes, teniendo presente que el escalonamiento del examen de algunos temas puede contribuir, entre otras cosas, a que el examen de su informe en la Sexta Comisión sea más eficaz.
- b) Que siga ocupándose en particular de que, en su informe anual, se indiquen en cada tema las cuestiones concretas respecto de las cuales revestiría particular interés para la continuación de sus trabajos que los gobiernos expresaran sus opiniones, en la Sexta Comisión o por escrito. [ ]

357. La Comisión convino en que esta petición debía abordarse en relación con el tema 7 de su programa, titulado «Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación», y que este tema del programa debía examinarlo el Grupo de Planificación<sup>122</sup> de la Mesa Ampliada.

<sup>120</sup> *Anuario* 1991, vol I, 2237.<sup>a</sup> sesión, pag 210 párr 29

<sup>121</sup> *Ibid*, 2241.<sup>a</sup> sesión, pag 254, párr 146

<sup>122</sup> Para la composición del Grupo de Planificación, vease párr 4 *supra*

358. El Grupo de Planificación celebró 11 reuniones. Tuvo ante sí, además de las secciones G.1 y G.2 del resumen por temas de los debates realizados en la Sexta Comisión de la Asamblea General en su 46.º período de sesiones, tituladas «Programa de trabajo de la Comisión» y «Métodos de trabajo de la Comisión»<sup>123</sup>, varias propuestas presentadas por miembros de la Comisión.

#### 1. PLANIFICACIÓN DE LAS ACTIVIDADES

##### a) El tema «Relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales (segunda parte del tema)»

359. La Comisión tomó nota de que el Grupo de Planificación había creado un Grupo de Trabajo para que examinara los progresos realizados hasta ahora respecto del tema e hiciera una recomendación sobre si la Comisión debía continuar estudiándolo y, en caso afirmativo, en qué sentido. Habían asistido a las deliberaciones del Grupo de Trabajo los siguientes miembros: Sr. Ahmed Mahiou (Presidente), Sr. John de Saram, Sr. Mehmet Güney, Sr. Kamil Idris, Sr. Vaclav Mikulka, Sr. Robert Rosenstock y Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao.

360. La Comisión observó que los debates sobre la primera parte del tema, relativa a la condición jurídica, los privilegios y las inmunidades de los representantes de los Estados ante las organizaciones internacionales, habían dado lugar a un proyecto de artículos que había constituido la base de la Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal. Los Estados se habían mostrado lentos en ratificar la Convención o adherirse a ella y, por lo tanto, habían surgido dudas en cuanto a la conveniencia de continuar los trabajos emprendidos en 1976 sobre la segunda parte del tema, relativa a la condición jurídica, los privilegios y las inmunidades de las organizaciones internacionales y su personal, cuestión que parecía tratada en gran parte en acuerdos existentes.

361. El transcurso del tiempo no había traído consigo ningún signo de que hubiera aumentado la aceptación de la Convención por los Estados y, en consecuencia, la Comisión no había estudiado activamente el tema. Dos relatores especiales sucesivos<sup>124</sup> habían presentado ocho informes y los 22 artículos contenidos en esos informes habían sido remitidos al Comité de Redacción, pero el Comité no había tomado ninguna medida al respecto. Ni en la Comisión ni en la Sexta Comisión se había expresado la opinión de que el tema debía estudiarse más activamente.

<sup>122</sup> Para la composición del Grupo de Planificación, véase párr. 4 *supra*.

<sup>123</sup> A/CN.4/L.469, párrs. 388 a 446.

<sup>124</sup> Los dos informes del Sr. Abdullah El-Erian han sido reproducidos como sigue:

Informe preliminar: *Anuario... 1977*, vol. II (primera parte), pág. 147, documento A/CN.4/304;

Segundo informe: *Anuario... 1978*, vol. II (primera parte), pág. 281, documento A/CN.4/311 y Add.1.

362. Siendo así, y teniendo presente que en los próximos años el Pleno de la Comisión y el Comité de Redacción estarían plenamente ocupados con la terminación de los proyectos de artículos relativos a tres temas por lo menos y la preparación de artículos sobre otros temas, la Comisión, aceptando la recomendación del Grupo de Planificación de no continuar por ahora el examen del tema, consideró prudente aplazar por el momento la consideración de un tema que no parecía responder a una necesidad apremiante de los Estados o de las organizaciones internacionales. Por consiguiente, la Comisión decidió no llevar más adelante, durante el presente mandato de sus miembros, el examen del tema, salvo que la Asamblea General acuerde otra cosa.

##### b) Planificación de las actividades para el quinquenio

363. El actual programa de trabajo está integrado por los siguientes temas: Responsabilidad de los Estados; Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad; El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación; y Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional<sup>125</sup>.

364. De conformidad con el inciso i) del apartado a del párrafo 6 de la resolución 46/54 de la Asamblea General, la Comisión examinó detenidamente la planificación de sus actividades durante el mandato de sus miembros. Al hacerlo tuvo presente, como se solicitaba en esta resolución, la conveniencia de avanzar lo más posible en la preparación de proyectos de artículos sobre temas concretos.

365. La Comisión convino en que, si bien la adopción de un plan rígido sería inviable, la fijación de objetivos al planear sus actividades sería provechosa.

366. La Comisión, teniendo en cuenta los progresos realizados en relación con los temas del programa actual, así como su disposición a lograr nuevos progresos, y consciente de los distintos grados de complejidad de los diversos temas, decidió que trataría de completar en 1994 la segunda lectura del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua interna-

---

Los seis informes del Sr. Leonardo Díaz González han sido reproducidos como sigue:

Informe preliminar: *Anuario... 1983*, vol. II (primera parte), pág. 241, documento A/CN.4/370;

Segundo informe: *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), pág. 107, documento A/CN.4/391 y Add.1;

Tercer informe: *Anuario... 1986*, vol. II (primera parte), pág. 171, documento A/CN.4/401;

Cuarto informe: *Anuario... 1989*, vol. II (primera parte), pág. 161, documento A/CN.4/424;

Quinto informe: *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/438 (publicación completa del informe parcial distribuido en el 42.º período de sesiones de la Comisión, en 1990, como documento A/CN.4/432);

Sexto informe: *ibid.*, documento A/CN.4/439.

<sup>125</sup> Teniendo en cuenta la conclusión mencionada en el párrafo 362 *supra* concerniente al tema «Relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales (segunda parte del tema)», y con sujeción a toda decisión en contrario que adopte la Asamblea General.

cionales para fines distintos de la navegación, y en 1996 la segunda lectura del proyecto de artículos sobre el código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y la primera lectura del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. La Comisión tiene el propósito además de hacer progresos sustanciales sobre el tema «Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional» y, con sujeción a la aprobación de la Asamblea General, de emprender trabajos sobre uno o varios temas nuevos.

367. La Comisión tomó nota de que el Grupo de Planificación había preparado un plan provisional de los trabajos que habrían de realizarse en cada período de sesiones del quinquenio, para uso interno de la Comisión, con el fin de alcanzar los objetivos antes mencionados, en la inteligencia de que este plan debía revisarse todos los años, habida cuenta de los resultados logrados en su aplicación.

## 2. PROGRAMA DE TRABAJO A LARGO PLAZO

368. La Comisión tomó nota de que el Grupo de Planificación había creado un Grupo de Trabajo para examinar un número limitado de temas que se recomendarían a la Asamblea General para su inclusión en el programa de trabajo de la Comisión. Habían asistido a las deliberaciones del Grupo de Trabajo los siguientes miembros: Sr. Derek Bowett (Presidente), Sr. Awn Al-Khasawneh, Sr. Mohamed Bennouna, Sr. Peter Kabatsi, Sr. Mochtar Kusuma-Atmadja, Sr. Guillaume Pambou-Tchivounda, Sr. Alain Pellet, Sr. Jiuyong Shi, Sr. Alberto Szekely, Sr. Vladlen Vereshchetin y Sr. Chusei Yamada.

369. La Comisión apoyó el procedimiento propuesto por el Grupo de Planificación, por recomendación del Grupo de Trabajo, para el ulterior desempeño de su mandato. Con arreglo a ese procedimiento, los miembros de la Comisión que fueran designados para ello prepararían para cada tema incluido en una lista preestablecida un breve esquema o resumen explicativo, preferiblemente de cuatro a seis páginas de extensión y en todo caso de no más de diez páginas, que se completaría dentro de los cuatro meses siguientes. En cada esquema o resumen explicativo se indicarían:

- a) Las principales cuestiones que plantease el tema;
- b) Los tratados, principios generales o leyes nacionales aplicables y las resoluciones judiciales correspondientes;
- c) La doctrina existente;
- d) Las ventajas e inconvenientes de preparar un informe, un estudio o un proyecto de convención si se decidiese continuar con el tema.

La Comisión pide a la Secretaría: a) que distribuya los esquemas a todos los miembros del Grupo de Trabajo en noviembre/diciembre de 1992, de manera que puedan recibirse observaciones en enero de 1993, y b) que distribuya las observaciones y los esquemas revisados a los miembros del Grupo de Trabajo y a otros autores de esquemas antes del próximo período de sesiones. Los esquemas se examinarán en el Grupo de Trabajo en

mayo de 1993, con miras a informar al Grupo de Planificación en junio de 1993.

370. Como se desprende de los párrafos anteriores, la Comisión examinó cuidadosamente la cuestión del programa de trabajo a largo plazo. El próximo año se proseguirán los esfuerzos con miras a determinar los temas que podrían recomendarse a la Asamblea General para su inclusión en el programa de trabajo de la Comisión.

## 3. COMITÉ DE REDACCIÓN

371. Por recomendación del Grupo de Planificación, la Comisión adoptó las siguientes directrices acerca de la composición y métodos de trabajo del Comité de Redacción:

a) El Comité de Redacción podrá variar su composición para llevar a cabo su labor sobre cada tema, pero seguirá siendo un órgano único y tendrá un solo Presidente;

b) El Comité de Redacción, para una mayor eficacia, deberá en general concentrar su labor en dos o tres temas en cada período de sesiones de la Comisión;

c) Al comienzo de cada período de sesiones de la Comisión, cada uno de sus miembros podrá indicar los temas en relación con los cuales desee formar parte del Comité de Redacción. El Presidente del Comité, en consulta con la Mesa de la Comisión, recomendará seguidamente la composición del Comité para cada tema;

d) La composición del Comité para cada tema estará limitada a 14 miembros como máximo y se velará en lo posible por que estén representados miembros que conozcan bien los distintos idiomas de trabajo;

e) Los miembros de la Comisión que no sean miembros del Comité de Redacción para un tema determinado podrán asistir a sus sesiones y ser autorizados a intervenir de vez en cuando, aunque se recomienda moderación;

f) Durante los períodos de sesiones de la Comisión, el Comité de Redacción dispondrá de todo el tiempo necesario para llevar a cabo en el momento debido las tareas que se le hayan encomendado;

g) Cuando el volumen de trabajo de la Comisión ponga de manifiesto la necesidad de realizar un esfuerzo sostenido de redacción, podrá concederse para ello más tiempo al Comité de Redacción, preferiblemente al comienzo del período de sesiones.

h) El Comité de Redacción presentará a la Comisión un informe lo antes posible después de haber concluido el examen de cada tema.

372. La Comisión acordó además que las dos primeras semanas de su 45.º período de sesiones se dedicaran por entero a la labor del Comité de Redacción sobre los artículos del tema «Responsabilidad de los Estados». Durante el presente período de sesiones se tomaron las disposiciones oportunas para la ejecución de esa decisión.

#### 4. INFORME DE LA COMISIÓN A LA ASAMBLEA GENERAL

373. Por recomendación del Grupo de Planificación, la Comisión adoptó las siguientes directrices en relación con la preparación y el contenido de su informe:

*a)* El Relator de la Comisión debe intervenir más activamente en la preparación del informe y velar en especial por la coordinación y coherencia, en cuanto al fondo y a la forma, entre sus diferentes partes, cuya redacción puede quedar a cargo de los Relatores Especiales y la Secretaría;

*b)* El Relator de la Comisión debe tener en cuenta especialmente la necesidad de seguir procurando que el informe no resulte excesivamente largo, sin perjuicio de incluir todos los datos indispensables a la Sexta Comisión y los lectores interesados en los trabajos de la Comisión;

*c)* El informe debe comprender un capítulo en el que figure, en forma resumida, una visión de conjunto de los trabajos del período de sesiones sobre el que versa, en particular una lista de las cuestiones respecto de las cuales la Comisión considere especialmente útil conocer la opinión de la Sexta Comisión;

*d)* Las partes del informe relativas a la labor realizada anteriormente sobre cada tema deben seguir siendo lo más sucintas posible;

*e)* La recapitulación de los debates debe ser más condensada, haciéndose hincapié más bien en las corrientes de opinión que en una relación detallada de opiniones individuales. No obstante, deben indicarse las reservas formuladas por los miembros de la Comisión con respecto a las decisiones que ésta adopte;

*f)* Cuando en el examen de un tema o una cuestión sólo se hayan logrado resultados parciales, y tales resultados sólo puedan ser debidamente evaluados por la Sexta Comisión después de agregar otros elementos, la información consignada en el informe debe ser muy sucinta e indicarse que la cuestión se presentará de forma más completa en un futuro informe.

#### 5. CONTRIBUCIÓN DE LA COMISIÓN AL DECENIO DEL DERECHO INTERNACIONAL

374. La Comisión examinó la cuestión de su contribución al Decenio de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional. Una sugerencia consistió en que se preparase una publicación que contuviera una serie de artículos preparados por miembros de la Comisión, cuyo objeto fuera presentar una panorámica de los principales problemas del derecho internacional en vísperas del siglo XXI. Por recomendación del Grupo de Planificación, la Comisión aceptó en principio esta sugerencia y autorizó la iniciación inmediata de la labor preparatoria de este proyecto. En consecuencia, el 22 de julio de 1992 se celebró una reunión oficiosa. Antes del comienzo del 45.º período de sesiones, un grupo de miembros, coordinado por el Sr. Alain Pellet, tratará de formular un esquema provisional del contenido de la publicación sugerida y al comienzo de ese período de sesiones se

nombrará un Grupo de Trabajo que completará el esquema y presentará un informe a la Comisión, la cual adoptará una decisión sobre el proyecto.

375. El mismo Grupo de Trabajo considerará también otras sugerencias que se hayan hecho o que pudieran hacerse en relación con otras posibles contribuciones de la Comisión al Decenio, incluidas la celebración de simposios o seminarios y la posibilidad de una conferencia sobre derecho internacional.

#### 6. POSIBILIDAD DE DIVIDIR EL PERÍODO DE SESIONES ANUAL DE LA COMISIÓN EN DOS PARTES

376. Resumiendo los debates ya celebrados en anteriores períodos de sesiones y en cumplimiento de los deseos expresados por la Asamblea General en el inciso ii) del apartado *a* del párrafo 6 de la parte dispositiva de la resolución 46/54, la Comisión consideró la posibilidad de dividir en dos partes su período de sesiones anual. Las consecuencias administrativas y financieras de tal división se examinaron sobre la base de los datos contenidos en un estudio preliminar preparado por la Secretaría a petición de la Comisión<sup>126</sup>. La Comisión llegó a la conclusión de que la división del período de sesiones plantearía algunos problemas administrativos y financieros, pero que esos problemas, aunque importantes, no serían insuperables. La Comisión consideró después cuál debía ser el elemento principal de su decisión: las ventajas que para la eficacia de su labor pudiera deparar la aprobación de la división. Se expusieron argumentos encaminados a demostrar que la productividad de la Comisión aumentaría en un régimen de dos reuniones anuales. También se analizaron argumentos en contra de esta idea. La Comisión llegó a la conclusión de que la sugerencia de dividir el período de sesiones anual en dos partes no había recibido por ahora suficiente apoyo y que por el momento había que seguir procurando aumentar la eficacia de la labor de la Comisión con arreglo al presente sistema.

#### 7. DURACIÓN DEL PRÓXIMO PERÍODO DE SESIONES

377. La Comisión desea reiterar su opinión de que las exigencias de la labor de desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, y la magnitud y complejidad de los temas incluidos en el programa, hacen aconsejable que se mantenga la duración habitual de los períodos de sesiones. La Comisión desea también destacar que ha utilizado plenamente el tiempo y los servicios puestos a su disposición durante el actual período de sesiones.

#### E. Cooperación con otros organismos

378. La Comisión estuvo representada en el período de sesiones de enero de 1992 del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano, celebrado en Islamabad, por el Sr. Abdul G. Koroma, Presidente de la Comisión, quien

<sup>126</sup> Este estudio no fue distribuido como documento oficial de la Comisión.

asistió al período de sesiones como observador e hizo uso de la palabra ante el Comité en nombre de la Comisión. El Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano estuvo representado en el período de sesiones en curso de la Comisión por el Secretario General del Comité, Sr. Frank Njenga, y por el Sr. Baghwat Singh. El Sr. Njenga dirigió la palabra a la Comisión en su 2275.ª sesión, el 18 de junio de 1992, y su declaración figura en el acta resumida de esa sesión.

379. La Comisión estuvo representada en el período de sesiones de noviembre de 1991 del Comité Europeo de Cooperación Jurídica, celebrado en Estrasburgo, por el Sr. Gudmundur Eiríksson, quien asistió al período de sesiones como observador de la Comisión e hizo uso de la palabra ante el Comité en nombre de ella. El Comité Europeo de Cooperación Jurídica estuvo representado en el presente período de sesiones de la Comisión por la Sra. Margaret Killerby. La Sra. Killerby dirigió la palabra a la Comisión en su 2281.ª sesión, celebrada el 3 de julio de 1992, y su declaración figura en el acta resumida de esa sesión.

380. El Comité Jurídico Interamericano estuvo representado en el presente período de sesiones por el Sr. Francisco Villagrán Kramer. El Sr. Villagrán Kramer dirigió la palabra a la Comisión en su 2286.ª sesión, celebrada el 16 de julio de 1992, y su declaración figura en el acta resumida de esa sesión.

#### F. — Fecha y lugar del 45.º período de sesiones

381. La Comisión acordó celebrar su próximo período de sesiones en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra del 3 de mayo de 1993 al 23 de julio de 1993.

#### G. — Representación en el 47.º período de sesiones de la Asamblea General

382. La Comisión decidió hacerse representar en el 47.º período de sesiones de la Asamblea General por su Presidente, el Sr. Christian Tomuschat<sup>127</sup>.

#### H. — Seminario de derecho internacional

383. En cumplimiento de la resolución 46/50 de la Asamblea General, la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra organizó durante el período de sesiones en curso de la Comisión la 28.ª reunión del Seminario de derecho internacional. El Seminario está destinado a estudiantes titulados de derecho internacional y a jóvenes profesores o funcionarios de las administraciones na-

cionales que en el curso de su trabajo se ocupan de asuntos de derecho internacional.

384. Un Comité de selección presidido por el profesor Christian Dominicé (Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales, Ginebra) se reunió el 23 de marzo de 1992 y, después de examinar unas 75 solicitudes de participación en el Seminario, seleccionó a 24 candidatos de nacionalidades diferentes, procedentes en su mayoría de países en desarrollo. Veintuno de los candidatos seleccionados, así como cuatro titulares de becas del UNITAR, pudieron participar en la reunión del Seminario<sup>128</sup>.

385. La reunión del Seminario se celebró en el Palacio de las Naciones del 1.º al 19 de junio de 1992 bajo la dirección de la Sra. Meike Noll-Wagenfeld, de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra. Fue inaugurada, en ausencia del Presidente de la Comisión, por el Director General de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, Sr. Antoine Blanca. Durante las tres semanas de la reunión, los participantes en el Seminario asistieron a las sesiones de la Comisión de Derecho Internacional y a conferencias organizadas específicamente para ellos y participaron en grupos de trabajo.

386. Por iniciativa del Presidente de la Comisión, se crearon cuatro grupos de trabajo que se ocuparon de los siguientes temas: *a*) «Relaciones entre el tribunal penal internacional y el Consejo de Seguridad», bajo la tutoría del Sr. Villagrán Kramer; *b*) «Las fuentes del derecho que ha de aplicar el tribunal penal internacional», bajo la tutoría del Sr. Pellet; *c*) «Incoación de procesos ante el tribunal penal internacional», bajo la tutoría del Sr. Tomuschat; y *d*) «Atribución de jurisdicción al tribunal penal internacional», bajo la tutoría del Sr. Crawford. Cada Grupo de Trabajo preparó un documento sobre su tema que fue presentado oralmente y se distribuyeron a los miembros de la Comisión los ejemplares correspondientes. La Comisión consideró alentadora esta experiencia y se propone repetirla en el futuro. Miembros de la Comisión pronunciaron las siguientes conferencias: Sr. Derek Bowett: «Responsabilidad de los Estados»; Sr. Salifou Fomba: «Principios relativos a la actitud de los Estados con respecto al terrorismo»; Sr. Ahmed Mahiou: «La labor de la Comisión de Derecho Internacional»; Sr. Vaclav Mikulka: «La sucesión de Estados»; Sr. Jiuyong Shi: «Protección de las inversiones privadas: acuerdos bilaterales sobre inversiones extranjeras»; Sr. Francisco Villagrán Kramer: «Derechos humanos —

<sup>127</sup> La Comisión estimó aconsejable no pedir a ninguno de sus Relatores Especiales que asistiera a los debates de la Sexta Comisión. Considera que quizás proceda enviar a más de uno de los Relatores Especiales a un período de sesiones de la Asamblea General más adelante durante el presente mandato de sus miembros.

<sup>128</sup> La lista de participantes en la 28.ª reunión del Seminario de derecho internacional era la siguiente: Sr. Menilik Alemu (Etiopía); Sr. Dudley Aru (Vanuatu) [titular de una beca del UNITAR]; Sra. Anuradha Bakshi (India); Sr. Neville Bissember (Guyana); Sr. Ali Bogoreh (Djibouti) [titular de una beca del UNITAR]; Sra. Merlin Boyce (Trinidad y Tabago); Sr. Andrey Darusenkov (Federación de Rusia); Sra. Hakim Linggawaty (Indonesia); Sr. Krit Kraichitti (Tailandia); Sr. Pieter Kruger (Sudáfrica); Sra. Fatima Mandhu (Zambia); Sra. Ann Marlborough (Irlanda); Sr. Juan José Martínez Morales (República Dominicana); Sr. Faustin Mbedi (Congo); Sr. Omphemetse Motumise (Botswana) [titular de una beca del UNITAR]; Sra. Krisztina Nemeth (Hungría); Sra. Bich Thang Nguyen (Viet Nam); Sra. Kim Hoa Nguyen Thi (Viet Nam) [titular de una beca del UNITAR]; Sr. Pearson Nherere (Zimbabue); Sra. Consolata Nyiransabimana (Rwanda); Sr. Juan Sandoval Mendiola (México); Sr. Surya Prasad Subedi (Nepal); Sr. Jean-Marc Thouvenin (Francia); Sr. Alfonso Velázquez Argaña (Paraguay); Sr. Jie Yang (China).

Las Naciones Unidas y las organizaciones regionales». Se celebró un debate de mesa redonda con la participación del Sr. James Crawford y el Sr. Doudou Thiam sobre el tribunal penal internacional.

387. Además, pronunciaron conferencias funcionarios de la Secretaría de las Naciones Unidas, a saber: Sra. Jacqueline Dauchy (Oficina de Asuntos Jurídicos): «Las actividades de la División de Codificación»; Sr. Thomas McCarthy (Centro de Derechos Humanos): «Las actividades del Centro de Derechos Humanos»; y el Sr. Peter Sand (Secretaría de la UNCED): «Aspectos jurídicos de la UNCED».

388. Como ya es tradicional durante la celebración del Seminario, los participantes disfrutaron de la hospitalidad de la República y el Cantón de Ginebra. En esa ocasión hizo uso de la palabra el Sr. E. Bollinger, Jefe de Información del Cantón.

389. Al finalizar la reunión del Seminario, el Sr. Christian Tomuschat, Presidente de la Comisión de Derecho Internacional, y el Sr. Antoine Blanca, Director General de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, dirigieron la palabra a los participantes. El Sr. Pearson Nherere dirigió la palabra a la Comisión en nombre de los participantes. En el curso de esa breve ceremonia cada uno de los participantes recibió un certificado de asistencia a la 28.<sup>a</sup> reunión del Seminario.

390. El Seminario se financia con contribuciones voluntarias de los Estados Miembros y con becas concedidas por los gobiernos a sus propios nacionales. La Comisión tomó nota con particular satisfacción de que los Gobiernos de Austria, Dinamarca, Finlandia, Francia,

Hungría, Jamaica, Marruecos, Reino Unido, Suecia y Suiza habían ofrecido becas, en particular a participantes de los países en desarrollo, por medio de contribuciones voluntarias al correspondiente programa de asistencia de las Naciones Unidas. La concesión de esas becas permitió lograr una distribución geográfica adecuada de los participantes y hacer venir de países lejanos a candidatos de mérito que, de no ser así, no habrían podido participar en la reunión. En el presente año se concedieron becas completas (viajes y dietas) a 15 participantes y una beca parcial (viajes solamente) a un participante. Así pues, de los 619 participantes admitidos desde el comienzo del Seminario en 1964, que representan a 147 nacionalidades, se han concedido becas a 324 participantes.

391. La Comisión subraya la importancia que atribuye a la reunión del Seminario que brinda a los jóvenes juristas designados, y especialmente a los procedentes de los países en desarrollo, la posibilidad de familiarizarse con los trabajos de la Comisión y con las actividades de las numerosas organizaciones internacionales con sede en Ginebra. Como se han agotado casi todos los fondos disponibles, la Comisión recomienda que la Asamblea General haga de nuevo un llamamiento a los Estados que estén en condiciones de hacerlo para que aporten las contribuciones voluntarias que se necesitan para la celebración del Seminario en 1993 con la participación más amplia posible.

392. La Comisión tomó nota con satisfacción de que en 1992 se habían puesto a disposición del Seminario servicios de interpretación completos y expresó la esperanza de que se hiciera todo lo posible para seguir proporcionando al Seminario en futuras reuniones servicios de igual categoría, pese a las limitaciones financieras existentes.

## Anexo

### INFORME DEL GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA CUESTIÓN DEL ESTABLECIMIENTO DE UNA JURISDICCIÓN PENAL INTERNACIONAL

#### A. — Resumen y recomendaciones

1. La Asamblea General, en su resolución 46/54, invitó a la Comisión

[ ] a que siga examinando y analizando los temas planteados en su informe sobre la labor realizada en su 42.º período de sesiones<sup>1</sup> relativos a la cuestión de una jurisdicción penal internacional, inclusive propuestas para el establecimiento de un tribunal penal internacional u otro mecanismo procesal internacional, a fin de que la Asamblea General pueda impartir orientación al respecto [ ]

2. La Comisión examinó estas cuestiones en su 44.º período de sesiones, con ocasión del debate sobre el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, tomando como base el décimo informe del Relator Especial, Sr. Doudou Thiam<sup>2</sup>. La Comisión constituyó un Grupo de Trabajo sobre el establecimiento de una jurisdicción penal internacional, presidido por el Sr. Abdul G. Koroma<sup>3</sup>. El mandato del Grupo de Trabajo era el siguiente:

Seguir estudiando y analizando las principales cuestiones planteadas en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 42.º período de sesiones en relación con la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional, incluidas las propuestas relativas a la creación de un tribunal penal internacional u otro mecanismo jurisdiccional penal de carácter internacional. En su labor, el Grupo de Trabajo tendrá en cuenta las cuestiones planteadas por el Relator Especial en sus informes noveno (segunda parte) y décimo, a la luz de los debates celebrados al respecto en la Comisión durante el actual y el anterior período de sesiones. El Grupo de Trabajo elaborará asimismo recomendaciones concretas sobre las diversas cuestiones que estudie y analice en el desempeño del cometido que se le ha confiado

3. El Grupo de Trabajo celebró 16 sesiones, en las que se debatieron y revisaron a fondo los proyectos preparados por algunos miembros del Grupo. El Grupo de Trabajo tuvo en cuenta durante toda su labor la necesidad de elaborar «recomendaciones concretas» y, de ese modo, ayudar a la Comisión a cumplir la tarea que le había encomendado la Asamblea General, como se indica en el párrafo 1.

4. Como la Comisión se había propuesto ir más allá del análisis e investigación de las posibles opciones y apro-

bar «recomendaciones concretas», era necesario que el Grupo de Trabajo se pusiera de acuerdo sobre el planteamiento básico que iba a adoptar para la elaboración de su informe. El Grupo de Trabajo llegó a un acuerdo sobre varios elementos fundamentales, que constituyen la base de su informe a la Comisión, a saber:

a) Debe crearse un tribunal penal internacional por medio de un estatuto incorporado en un tratado entre los Estados partes;

b) Al comienzo por lo menos de sus actividades, el tribunal debe ejercer jurisdicción exclusivamente sobre los particulares, como personas distintas de los Estados<sup>4</sup>;

c) La competencia objetiva del tribunal debe limitarse a los crímenes de carácter internacional definidos en determinados tratados internacionales en vigor, entre ellos el proyecto de código (después de su aprobación y entrada en vigor), pero sin reducirse a éste. Los Estados deben poder adquirir la condición de partes en el estatuto sin convertirse por ello en partes en el código<sup>5</sup>;

d) El tribunal será fundamentalmente un medio puesto a disposición de los Estados partes en su estatuto (y también, en determinadas condiciones, de otros Estados). Al comienzo de sus actividades, por lo menos, su jurisdicción no será obligatoria en el sentido de una jurisdicción general que todo Estado parte en el estatuto esté obligado a aceptar *ipso facto* y sin necesidad de otro acuerdo;

e) Al comienzo, por lo menos, el tribunal no será un órgano permanente con dedicación exclusiva. Por otra parte, su instrumento constitutivo no será tampoco un mero proyecto o propuesta que deba ser objeto de un acuerdo y elaboración previos para su aplicación. Así, el estatuto debe crear un mecanismo para la administración de justicia que pueda entrar en funciones inmediatamente cuando sea necesario;

<sup>4</sup> Esto concuerda con el criterio adoptado por la Comisión en relación con el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, en lo sucesivo denominado «proyecto de código». Véase el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 36.º período de sesiones, *Anuario 1984*, vol II (segunda parte), párr. 65. Véase asimismo el artículo 3 del proyecto de código aprobado provisionalmente en primera lectura por la Comisión en 1991, *Anuario 1991*, vol II (segunda parte), pág. 102.

<sup>5</sup> Queda así en pie la cuestión de si algunas de las infracciones penales definidas en el código deben corresponder exclusivamente a la esfera de competencia del órgano jurisdiccional penal internacional. Al menos algunos miembros del Grupo de Trabajo creen que el código es inconcebible sin una jurisdicción penal internacional y que sería conveniente, si no esencial, disponer que un Estado parte en el código acepte con ello *ipso facto* el estatuto de un tribunal.

<sup>1</sup> *Anuario 1990*, vol II (segunda parte), párrs. 93 a 157.

<sup>2</sup> Para un resumen del debate, véase cap. II del presente informe, párrs. 25 a 97.

<sup>3</sup> Para la composición del Grupo de Trabajo, véase cap. I, párr. 6 *supra*.

f) Se sugirieron y examinaron otros mecanismos, según se refleja en la parte B *infra*;

g) Sea cual fuere la estructura concreta del tribunal u otro mecanismo, deberá asegurar las garantías procesales, la independencia y la imparcialidad de sus procedimientos.

5. Estos elementos constituyen la base del informe, cuyo texto completo figura en la parte B *infra*. El informe contiene «recomendaciones concretas» sobre las distintas cuestiones que el Grupo de Trabajo ha estudiado y analizado en el desempeño del cometido que se le había confiado y, en algunos casos, un examen más detallado de las diversas posibilidades existentes. El Grupo de Trabajo estima que una estructura para la constitución de un tribunal penal internacional, creada con arreglo a los criterios indicados en el informe adjunto, sería un sistema viable. Opina que podría servir de base para proceder a constituir un tribunal penal internacional cuando ello se considerase oportuno. Reitera, a este respecto, la conclusión a que había llegado anteriormente la Comisión (en 1950 y nuevamente en 1990) de que tal organismo es posible.

6. Algunos miembros del Grupo de Trabajo siguen abrigando dudas acerca de si un sistema relativamente modesto y flexible como el propuesto cumpliría algún fin útil. A su juicio, el sistema de procesamiento y enjuiciamiento de la persona inculpada por los tribunales nacionales es el único método realista para administrar la justicia penal. Un miembro, en especial, opina que es suficiente por ahora que el sistema jurisdiccional internacional previsto se elabore en forma de un proyecto de texto que cada Estado pueda utilizar cuando sea necesario; en ese momento podría establecerse por tratado bilateral o incluso en virtud de una resolución de una organización internacional competente.

7. Otros miembros del Grupo de Trabajo hubieran preferido llegar aún más lejos, siendo así que eran partidarios de un sistema más amplio, incluso de un sistema de jurisdicción obligatoria y exclusiva respecto de determinadas infracciones penales. Sin embargo, están dispuestos a aceptar la propuesta esbozada en el presente informe teniendo en cuenta que conviene dar al mecanismo propuesto por lo menos la posibilidad de arraigar y demostrar su utilidad, después de lo cual quizás sea más fácil ir ampliando su jurisdicción y su esfera de competencia, y ello resulte más aceptable para los Estados.

8. Sean cuales sean las discrepancias a este respecto, no hay desacuerdo sobre un aspecto esencial. El Grupo de Trabajo estima que la fase de estudio y análisis preliminar, que había pedido la Asamblea General en 1989, ha concluido. Incumbe ahora a la Asamblea General y a los Estados Miembros resolver si la Comisión debe emprender los trabajos detallados que serán necesarios para elaborar el estatuto y reglamento correspondientes de una jurisdicción penal internacional, sobre las bases generales esbozadas en el presente informe o sobre otras bases.

9. En consecuencia, el Grupo de Trabajo recomienda a la Comisión:

a) Que acepte el informe adjunto, que el Grupo de Trabajo presenta en cumplimiento de su mandato;

b) Que apruebe los elementos o principios básicos enumerados en el párrafo 4 *supra* y que han servido de base a la labor del Grupo de Trabajo, así como el planteamiento general de la cuestión del establecimiento de un tribunal penal internacional u otro mecanismo jurisdiccional penal de carácter internacional que se adopta en el informe;

c) Que informe a la Asamblea General sobre lo siguiente:

i) Que, con el examen de los informes noveno y décimo del Relator Especial encargado del tema proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y del informe del Grupo de Trabajo (que figurará en un anexo del informe de la Comisión), ha concluido la tarea que le había encomendado la Asamblea General en 1989<sup>6</sup> de analizar «la cuestión del establecimiento de un tribunal penal internacional u otro mecanismo jurisdiccional penal de carácter internacional»;

ii) Que el estudio más detallado confirma la opinión, expresada anteriormente por la Comisión, de que una estructura como la propuesta en el informe del Grupo de Trabajo podría ser un sistema viable;

iii) Que la continuación de los trabajos sobre esta cuestión requiere un nuevo mandato de la Asamblea General y que, en lugar de adoptar nuevamente la forma de estudios de carácter general o exploratorio, esos trabajos deberían consistir en elaborar un proyecto detallado, en forma de proyecto de estatuto; y

iv) Que corresponde ahora a la Asamblea General decidir si la Comisión debe emprender el proyecto relativo al establecimiento de una jurisdicción penal internacional y sobre qué bases.

## B. — Texto completo del informe

### I. INTRODUCCIÓN

10. La resolución 46/54 de la Asamblea General dice lo siguiente:

*Tomando nota con reconocimiento de la sección del informe de la Comisión de Derecho Internacional relativa a la cuestión del posible establecimiento de una jurisdicción penal internacional y observando el debate celebrado en la Sexta Comisión sobre el particular,*

[...]

3. *Invita a la Comisión de Derecho Internacional a que, en el marco del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, siga examinando y analizando los temas planteados en su informe sobre la labor realizada en su 42.º período de sesiones relativos a la cuestión de una jurisdicción penal internacional, inclusive propuestas para el establecimiento de un tribunal penal internacional u otro mecanismo procesal internacional a fin de que la Asamblea General pueda impartir orientación al respecto; [...]*

<sup>6</sup> Véase nota 10 *infra*.

11. La génesis de la invitación formulada por la Asamblea General se remonta a muchos años antes, concretamente a 1948, año en que la Asamblea General invitó a la Comisión

[...] a examinar si es conveniente y posible crear un órgano judicial internacional encargado de juzgar a las personas acusadas de genocidio o de otros delitos que fueren de la competencia de ese órgano en virtud de convenciones internacionales<sup>7</sup>.

En 1950, la Comisión concluyó, después de un estudio inicial de la cuestión, que la creación de un tribunal penal internacional era «conveniente» y «posible»<sup>8</sup>. Posteriormente, la cuestión fue examinada por varias comisiones especiales, que elaboraron y revisaron un proyecto de estatuto para una corte penal internacional<sup>9</sup>. Sin embargo, el examen del proyecto de estatuto fue aplazado hasta que se hubiera llegado a alguna conclusión acerca de las cuestiones pendientes de la Definición de la agresión y el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad.

12. En 1989, con la evolución de la situación internacional, la Asamblea General pidió otra vez especialmente a la Comisión

[...] que, al examinar [...] el tema titulado «Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad», se ocupe de la cuestión de establecer un tribunal penal internacional u otro mecanismo de justicia penal internacional que tenga jurisdicción sobre las personas que presuntamente hayan cometido crímenes que puedan ser tipificados en dicho código, incluidas las personas que participan en el tráfico ilícito transfronterizo de estupefacientes, [...]»<sup>10</sup>

La referencia específica al tráfico internacional de estupefacientes fue resultado de una propuesta de Trinidad y Tabago que solicitó un tribunal u otro mecanismo internacional para ayudar a los Estados a abordar, entre otras cosas, ese problema<sup>11</sup>.

13. En cumplimiento de la petición de la Asamblea General, la Comisión examinó en detalle esa cuestión en su 42.º período de sesiones, en 1990, en relación con sus trabajos sobre el proyecto de código. Tras un debate general, se constituyó un Grupo de Trabajo cuyo informe, después de ser aprobado por la Comisión, fue incluido en el informe que ésta presentó a la Asamblea General<sup>12</sup>. Dicho informe analizaba diversas cuestiones que se plan-

teaban en relación con la creación de un tribunal penal internacional (la jurisdicción del tribunal y su competencia tanto objetiva como respecto de las personas; la cuestión de si su competencia debía ser exclusiva o concurrente o si sólo debía tener competencia en segunda instancia; el ejercicio del derecho a la jurisdicción penal; la estructura institucional del tribunal y su composición; el modo de ejercitar la acusación penal; la autoridad y ejecución de las sentencias; y la financiación del tribunal). La Comisión, al estudiar estas cuestiones, no indicó ninguna preferencia por una solución determinada sobre las demás. No obstante, hizo constar en el informe que la Comisión había llegado a

[...] un amplio acuerdo de principio sobre la conveniencia de crear un tribunal penal internacional como órgano permanente vinculado al sistema de las Naciones Unidas, aunque se expresaron opiniones diferentes acerca de la estructura de ese tribunal y del ámbito de su competencia<sup>13</sup>.

14. Esas «opiniones diferentes» se referían a la elección entre tres modelos de jurisdicción penal muy diferentes: a) un tribunal penal internacional con competencia exclusiva respecto de determinados crímenes, b) competencia concurrente del tribunal penal internacional y los tribunales nacionales y c) un tribunal penal internacional que sólo tuviera atribuida competencia en segunda instancia. Esos tres modelos fueron sometidos a la consideración de la Asamblea General sin que la Comisión hubiera indicado su preferencia por ninguno de ellos<sup>14</sup>.

15. La Comisión volvió a examinar la cuestión en su 43.º período de sesiones, en 1991, en el que pudo contar con la ayuda del análisis de ciertas cuestiones que había realizado el Relator Especial encargado del proyecto de código, Sr. Doudou Thiam, en la segunda parte de su noveno informe<sup>15</sup>. En ese informe, el Relator Especial señalaba que la Asamblea General no había pedido a la Comisión que elaborase el estatuto de un tribunal penal internacional ni había expresado todavía ninguna preferencia por cualquiera de los tres modelos de jurisdicción penal internacional. Tampoco se había inclinado a favor de alguna de las versiones de una jurisdicción penal internacional con preferencia al sistema actual de jurisdicción universal de los tribunales nacionales para conocer de determinadas infracciones penales de carácter internacional. No obstante, el Relator Especial planteó dos cuestiones, en forma de posibles proyectos de disposiciones, que versaban sobre la competencia del tribunal propuesto y las condiciones del ejercicio de la acción penal. El Relator Especial no redactó esos textos para que fueran remitidos al Comité de Redacción, como parte de un proyecto de estatuto del tribunal penal internacional, sino para fomentar y aclarar el debate sobre la cuestión de fondo de la «posibilidad» de un tribunal penal internacional, fundamentalmente la misma cuestión que había planteado a la Comisión la Asamblea General en 1948. Durante el debate, los miembros de la Co-

<sup>7</sup> Véase la resolución 260 B (III) de la Asamblea General. Los antecedentes históricos del examen de la cuestión por la Comisión y de los intentos anteriores de las Naciones Unidas en esta esfera se describen en detalle en *Anuario... 1990*, vol. II (segunda parte), párrs. 96 a 100 y 103 a 115, respectivamente.

<sup>8</sup> Véanse *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quinto período de sesiones, Suplemento N.º 12 (A/1316)*, párrs. 128 a 145; e *ibid.*, cuarto período de sesiones, *Suplemento N.º 10 (A/925)*, párrs. 32 a 34.

<sup>9</sup> Véanse el informe de la Comisión de Jurisdicción Penal Internacional, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, séptimo período de sesiones, Suplemento N.º 11 (A/2136)* y el «Informe de la Comisión de Jurisdicción Penal Internacional de 1953, 27 de julio - 20 de agosto de 1953», *ibid.*, noveno período de sesiones, *Suplemento N.º 12 (A/2645)*, anexo.

<sup>10</sup> Resolución 44/39 de la Asamblea General, párr. 1.

<sup>11</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo cuarto período de sesiones, Anexos*, vol. II, tema 152 del programa, documento A/44/195.

<sup>12</sup> *Anuario... 1990*, vol. II (segunda parte), párrs. 93 a 157.

<sup>13</sup> *Ibid.*, párr. 155.

<sup>14</sup> *Ibid.*, párrs. 156 y 157.

<sup>15</sup> Véase *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/435 y Add.1.

misión expresaron opiniones muy diversas sobre el texto de esos proyectos de disposiciones<sup>16</sup>.

16. Estas cuestiones también fueron discutidas por la Sexta Comisión en sus debates acerca de los informes de la Comisión sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones 42° y 43°, pero sin que se llegara a ninguna conclusión ni se desprendiera ninguna preferencia clara por alguno de los posibles modelos indicados por la Comisión en 1990<sup>17</sup>. Esa posición figura reflejada en el enunciado de la resolución 46/54 de la Asamblea General, en la que se invita a la Comisión a que siga examinando y analizando la cuestión (véase párr. 13 *supra*).

17. En 1991, la Comisión concluyó una importante etapa de sus trabajos al aprobar en primera lectura el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. Dicho proyecto de código, en la forma en que ha sido aprobado, está destinado a ser aplicado por los tribunales nacionales, pero el artículo 6 (que versa sobre la obligación de los Estados partes de juzgar o de conceder la extradición de las personas acusadas de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad) prevé en especial que:

[...]

3. Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 no prejuzgarán la creación y la competencia de un tribunal penal internacional.

El artículo 9, que establece el principio de la cosa juzgada, tiene en cuenta asimismo la posible creación de un tribunal penal internacional.

18. El Relator Especial examinó con más detalle en su décimo informe<sup>18</sup> la cuestión del posible establecimiento de una jurisdicción penal internacional. En la primera parte del informe se examinaban algunas objeciones a la creación de esa jurisdicción. En la segunda parte se abordaba el examen de algunas cuestiones concretas que se plantearían en relación con el establecimiento de una jurisdicción de esa índole, a saber: el derecho aplicable, la competencia del tribunal por razón de la materia, el modo de iniciación de un proceso penal ante el tribunal, el ejercicio de la acción de reparación, la «entrega» al tribunal de la persona inculpada y su relación con la extradición, y la cuestión de las apelaciones (o «principio de doble instancia»). También en este caso, esos textos fueron propuestos con intención de fomentar el debate y no para que fueran remitidos al Comité de Redacción.

19. Esas propuestas, que fueron examinadas por la Comisión durante las tres primeras semanas del período de sesiones, suscitaban diversas reacciones. No es necesario

<sup>16</sup> La Comisión decidió que seguiría estudiando en sus próximos períodos de sesiones la cuestión del establecimiento de un tribunal penal internacional u otro mecanismo jurisdiccional penal de carácter internacional. Para un resumen del debate, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), párrs. 106 a 165 y 175.

<sup>17</sup> Véase el Resumen por temas preparado por la Secretaría de los debates realizados en la Sexta Comisión de la Asamblea General en su 45.º período de sesiones (A/CN.4/L.456, párrs. 119 a 186) y en su 46.º período de sesiones (A/CN.4/L.469, párrs. 217 a 255).

<sup>18</sup> Véase *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/442.

recapitular aquí el debate, salvo para señalar que la propuesta de que se reconociese al tribunal competencia exclusiva para juzgar determinadas infracciones penales<sup>19</sup> fue objeto de controversia (aunque no carecía de defensores). Como en años anteriores, algunos miembros se opusieron a cualquier tipo de jurisdicción penal internacional, mientras que otros eran partidarios de un tribunal permanente con dedicación exclusiva que tuviera atribuida amplia competencia respecto de los crímenes tipificados en el proyecto de código y, quizás, de otras infracciones penales internacionales. Sin embargo, surgió en la Comisión una importante corriente de opinión que se inclinaba a estudiar un sistema de enjuiciamiento más flexible y limitado, que pudiera estar a disposición de los Estados cuando éstos lo necesitaran, pero que no requiriese que los Estados asumieran previamente amplias obligaciones ni que las Naciones Unidas establecieran una nueva y costosa estructura. En cambio, la tercera opción examinada en el informe de 1990, a saber, un tribunal internacional con facultades de apelación respecto de los tribunales nacionales, tuvo escaso apoyo (véase párr. 31 *infra*).

20. A raíz del debate en el Pleno sobre el décimo informe del Relator Especial, la Comisión acordó crear un Grupo de Trabajo sobre la cuestión del establecimiento de una jurisdicción penal internacional<sup>20</sup>.

21. El Grupo de Trabajo acordó, en su primera sesión, que era necesario responder directamente a la cuestión de si la creación de un tribunal penal internacional u otro mecanismo jurisdiccional penal de carácter internacional era «posible»<sup>21</sup>. La Comisión había efectuado en el informe sobre la labor realizada en su 42.º período de sesiones, y sobre la base de los sucesivos informes del Relator Especial, un amplio examen de las cuestiones planteadas, sin comprometerse sobre la viabilidad o conveniencia de una solución determinada. Había llegado el momento de ir más allá. Pero la cuestión de la posibilidad de un tribunal u otro mecanismo jurisdiccional internacional no podía solucionarse de manera abstracta, sino que requería un análisis de determinadas cuestiones importantes que había que resolver antes de que pudiera pensarse en la creación de ese tribunal o mecanismo, así como una indicación del planteamiento elegido para abordar esas cuestiones. Sólo de esa manera podría la Comisión atender debidamente la petición de la Asamblea General y ésta estaría en condiciones de orientar a

<sup>19</sup> Las infracciones penales respecto de las cuales se consideró la posibilidad de atribuir competencia exclusiva al tribunal eran, en especial: el genocidio, las violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos, el *apartheid*, el tráfico internacional ilícito de estupefacientes, la captura de aeronaves y el secuestro de agentes diplomáticos o de personas internacionalmente protegidas.

<sup>20</sup> Para la composición del Grupo de Trabajo, véase párr. 6 del cap. I del presente informe; para el mandato del Grupo de Trabajo, véase párr. 1 del presente anexo.

<sup>21</sup> El Relator Especial distinguió a estos efectos entre «posibilidad», para determinar la cual sería preciso que el Grupo de Trabajo examinase las distintas objeciones formuladas contra un tribunal penal internacional u otro mecanismo y demostrase «que no se planteaban dificultades insuperables desde el punto de vista jurídico», y la «oportunidad», cuya determinación no era de la incumbencia de la Comisión, sino que constituía una cuestión política que correspondía resolver a la Asamblea General. El Grupo de Trabajo está de acuerdo con esa interpretación de su cometido.

los Estados Miembros en su posterior examen de este tema.

22. El Grupo de Trabajo concluyó, pues, que su informe debía ante todo exponer en general las razones fundamentales aducidas en favor de algún tipo de tribunal u otro mecanismo jurisdiccional penal de carácter internacional, y pasar después a analizar las cuestiones concretas más importantes que habían de resolverse antes de poder crear un tribunal u otro mecanismo. El Grupo de Trabajo distinguió de entrada cinco grupos de cuestiones concretas de este tipo, a saber:

a) La estructura básica del tribunal o de las otras opciones relativas a un «mecanismo jurisdiccional internacional»<sup>22</sup>;

b) El modo de incoación del proceso penal y de inculpación formal de los presuntos culpables;

c) La relación entre el tribunal y el sistema de las Naciones Unidas y, en especial, el Consejo de Seguridad;

d) El derecho y el procedimiento aplicables y, especialmente, la cuestión de las garantías procesales de los inculcados;

e) El modo de hacer comparecer al acusado ante el tribunal, la relación entre ese acto y la extradición, la asistencia judicial internacional en relación con los procedimientos ante el tribunal y la ejecución de las sentencias.

Algunos miembros del Grupo de Trabajo prepararon estudios sobre cada uno de esos grupos de cuestiones y, además, otros miembros aportaron breves informes sobre cuestiones concretas.

23. A medida que avanzaban los trabajos, las relaciones entre las cuestiones que integraban los distintos grupos se hacían más claras y quedó de manifiesto que la subclasificación interna de las cuestiones era algo más bien artificial. Por consiguiente, en el presente informe se examinan sucesivamente las cuestiones básicas que fueron tratadas en el Grupo de Trabajo y se proporcionan indicaciones claras sobre las preferencias de éste en cuanto a la manera de abordarlas o sus posibles variantes. Ha sido necesario encontrar un equilibrio a fin de que el informe pueda proporcionar indicaciones suficientes sobre las soluciones posibles, sin entrar en demasiados detalles ni examinar aspectos concretos que no son indispensables para un planteamiento general. En algunos casos, el Grupo de Trabajo se ha limitado a esbozar las soluciones posibles sin expresar su preferencia por ninguna de ellas. El objetivo ha sido en todo momento proporcionar información y razones suficientes para que sea posible formarse un juicio acerca de si procede continuar y cómo hay que hacerlo.

24. Así pues, el presente informe comienza con una breve exposición de los principales argumentos a favor del establecimiento de un tribunal penal internacional

(secc. 2). Después, las secciones 3 a 6 versan sucesivamente sobre los distintos tipos de cuestiones, a saber: las cuestiones de estructura y de competencia (secc. 3); la cuestión de un «mecanismo jurisdiccional penal de carácter internacional» distinto de un tribunal (secc. 4); las cuestiones del derecho aplicable, las penas y las garantías procesales (secc. 5); y las cuestiones referentes al modo de hacer comparecer al acusado ante el tribunal (secc. 6).

## 2. ARGUMENTOS DE CARÁCTER GENERAL RELATIVOS A UN TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

25. En un examen de esta cuestión es necesario partir del hecho de que los órganos jurisdiccionales normales y naturales para juzgar a las personas físicas en el fuero penal han sido siempre los tribunales nacionales de los Estados. El amplio sistema de tratados internacionales que se refieren a crímenes de carácter internacional (crímenes de guerra, captura de aeronaves, terrorismo, toma de rehenes, etc.) se ha establecido sobre esta base. Casi sin excepción<sup>23</sup>, estos tratados dan por sentado que la norma es el enjuiciamiento por un tribunal nacional y tratan de facilitar esos procesos, por ejemplo atribuyendo competencia universal a los tribunales de todos los Estados.

26. Pero esa solución no es la única posible y ha tropezado con dificultades en determinados casos particulares. De ahí el debate sobre la necesidad de algún tipo de tribunal penal internacional, debate que se ha prolongado durante muchos años (véase párr. 11 *supra*). No es necesario exponer aquí los diversos argumentos invocados a este respecto con gran detalle, pero quizás sea útil examinarlos brevemente para indicar las bases sobre las cuales el Grupo de Trabajo ha examinado las diversas cuestiones que es necesario resolver para crear un tribunal penal internacional y poner de manifiesto con qué criterios ha abordado esas cuestiones.

### a) *Los argumentos a favor de un tribunal*

27. La idea de crear algún tipo de mecanismo jurisdiccional internacional proviene de que, desde 1945, ha habido casos notorios de crímenes contra la humanidad que han quedado impunes. Ha resultado sumamente difícil hacer comparecer a los presuntos culpables ante los tribunales, y la falta de un órgano jurisdiccional en el ámbito internacional ha agravado esas dificultades. Una de las causas de tales dificultades es que, en muchos casos, personas que eran a la sazón miembros del gobierno de un Estado han cometido graves crímenes contra la paz o la humanidad. Las normas de derecho internacional, si no se hacen cumplir nunca, se desacreditan; por ejemplo, según la información de que dispone el Grupo de Trabajo, no se ha perseguido nunca penalmente el crimen de genocidio desde que se celebró la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, pese al hecho de que ha habido casos notorios de genocidio du-

<sup>22</sup> En el presente informe, el término «tribunal» comprende también otras formas de mecanismo jurisdiccional penal de carácter internacional. La gama de posibilidades que ofrece la expresión «mecanismo jurisdiccional penal de carácter internacional» se examina en los párrs. 81 a 95 *infra*.

<sup>23</sup> Tanto en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (art. VI) como en la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid* (art. V) se apunta la posibilidad de una jurisdicción penal internacional pero sin prever su establecimiento.

rante ese período. Análogamente, la idea de que las órdenes recibidas de un superior jerárquico o el carácter oficial de jefe de Estado o de miembro de un gobierno no deben obstaculizar la acción de la justicia en derecho internacional queda desacreditada si esas personas no son nunca juzgadas.

28. Así pues, se ha llegado a la conclusión de que la principal necesidad en esta materia es la de un órgano jurisdiccional internacional que pueda conocer de ciertos tipos de crímenes cometidos en determinadas circunstancias. Las situaciones en que podría ser útil un mecanismo jurisdiccional internacional de este género son, entre otras, las siguientes:

a) Los casos en que un proceso ante un tribunal internacional sea la única forma de administrar justicia sobre la que puedan ponerse de acuerdo las partes interesadas; por ejemplo, si los nacionales de un Estado determinado son acusados de una infracción penal grave en la que esté supuestamente implicado el Estado mismo;

b) Los casos en que el Estado en poder del cual se encuentre el inculpado sea objeto de amenazas (en forma, por ejemplo, de nuevos actos de terrorismo) si sigue adelante con el juicio, o en que el sistema de justicia penal de un Estado pequeño no disponga de medios para hacer frente a una infracción penal determinada de gran magnitud;

c) Los casos en que los presuntos culpables de un crimen, ex miembros del gobierno de un Estado determinado, hubieran cometido la presunta infracción penal en calidad de tales, y en que el gobierno sucesor no quiera o no pueda juzgarlos por cualquier razón o prefiera que sean juzgados por un tribunal internacional por su mayor legitimidad en esas circunstancias.

En algunos de esos casos, no hay ninguna posibilidad real de proceso ante los tribunales nacionales. En otros casos, quizá se ponga en tela de juicio la legitimidad o imparcialidad de un proceso ante un tribunal nacional determinado o incluso ante cualquier órgano jurisdiccional de esa índole, sea cual sea.

29. Una posible respuesta a esos argumentos es proponer la creación, una vez ocurridos los hechos, de tribunales u otras jurisdicciones especiales para conocer de esos casos. Aunque los tribunales especiales se prestan a la crítica de la retroactividad, los defensores de esta solución sostienen que esa crítica no está justificada. Si bien el párrafo 1 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que:

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. [...]

no prohíbe los cambios «retroactivos» en el procedimiento. Los procesos sustanciados ante un tribunal penal internacional especial versarían sobre infracciones penales definidas por tratados internacionales en vigor en el momento en que se cometió la infracción penal y, por consiguiente, no quedarían comprendidos en la prohibición de dicho artículo 15.

30. Pero la idea de crear tribunales especiales tropieza con otras dificultades. Crear un mecanismo especial en el plano internacional para conocer de una sola infracción penal, después de que se ha cometido, presenta cier-

tos inconvenientes. La creación de un tribunal internacional lleva tiempo, mientras que la necesidad de ese tribunal puede surgir de manera repentina e inesperada. La publicidad que probablemente llevará aparejada el establecimiento de un tribunal especial después de producirse los hechos puede dar la impresión de que prejuzga el resultado del juicio. Sobre todo, el desacuerdo sobre las importantes cuestiones jurídicas y procesales que se han de resolver puede impedir la creación misma del tribunal.

31. Otra solución que a veces se sugiere es que un tribunal penal internacional debe ser un tribunal de apelación solamente y no un tribunal de primera instancia. En otros términos, su función sería examinar en segunda instancia las sentencias de los tribunales nacionales relativas a crímenes de carácter internacional. Como se señala en el párrafo 5 *supra*, ese sistema de apelación fue propuesto por la Comisión en 1990 como uno de tres modelos posibles. Pero en el debate ulterior muchos miembros se opusieron a esta idea. Subrayaron las dificultades que entrañaba la creación de un sistema eficaz de apelación de las sentencias de los tribunales nacionales por un tribunal internacional y la duplicación que ello representaría de la función de los tribunales nacionales de apelación. El Relator Especial propuso, en su décimo informe, un posible proyecto de disposición sobre la competencia *ratione materiae* del tribunal, que excluía específicamente la actuación de un tribunal como tribunal de apelación respecto de las sentencias de los tribunales nacionales<sup>24</sup>. Esa opinión fue apoyada por muchos miembros de la Comisión (aunque es dudoso que tal disposición fuera necesaria, puesto que una jurisdicción internacional de apelación no existiría a menos que se creara específicamente).

32. En opinión del Grupo de Trabajo, el tribunal penal internacional que se pretende crear debería ser esencialmente un tribunal que juzgase en primera y única instancia y no un órgano de apelación o casación. Las controversias que acompañan las denuncias de crímenes internacionales graves tienden a ser controversias acerca de los hechos —especialmente si las infracciones de que se trata han sido ya cuidadosamente definidas en tratados internacionales en vigor—. En las causas penales los hechos se determinan fundamentalmente en primera instancia y no en apelación o casación —especialmente si esa apelación o casación se ha de producir una vez agotados los procedimientos nacionales existentes, es decir, en la tercera o cuarta fase del proceso.

#### b) *Los argumentos en contra de un tribunal*

33. Por otra parte, algunos miembros de la Comisión han expresado serias reservas acerca de la posibilidad de

<sup>24</sup> El párrafo 3 del proyecto de disposición decía lo siguiente:

«3. El Tribunal no será competente para conocer en segunda instancia de las resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales nacionales.»

En su comentario, el Relator Especial opinó que la competencia para examinar como instancia de apelación las decisiones de las jurisdicciones más altas del orden interno era incompatible con la soberanía de los Estados.

cualquier forma de tribunal penal internacional. Esas reservas son compartidas, en mayor o en menor grado, por algunos miembros del Grupo de Trabajo.

34. Un importante motivo para sostener esta opinión es simplemente el escepticismo. Con arreglo a esta opinión, el acuerdo internacional sobre un tribunal, que no sea de carácter puramente especial, es muy improbable. Los factores que obstaculizan tal acuerdo son los mismos que explican el relativo fracaso del sistema de competencia universal sobre crímenes como el genocidio. Los Estados no están dispuestos a asumir la responsabilidad de la persecución de las infracciones penales en virtud de un principio de competencia universal, excepto en casos muy especiales. En los casos excepcionales en que desean ejercitar la competencia es porque sus intereses (o los de sus nacionales) están en juego y, precisamente, en esos casos no estarán dispuestos a aceptar la competencia de un tribunal internacional en lugar de la de sus propios tribunales.

35. Estos miembros hacen referencia en apoyo de su posición al escaso número de juicios internacionales. Estos juicios sólo se han celebrado en las circunstancias totalmente excepcionales de la derrota incondicional de un Estado enemigo cuyos funcionarios habían cometido crímenes, incluidos crímenes de lesa humanidad, de una magnitud terrible. Es muy improbable que esta situación se repita, pero si se repite puede abordarse mediante un tribunal especial. En todos los demás casos los Estados no aceptarán el enjuiciamiento de funcionarios o de antiguos funcionarios en circunstancias que puedan deteriorar la imagen del Estado o incluso hacer entrar en juego su responsabilidad internacional. Lo más útil que se puede hacer de antemano sería elaborar alguna forma de proyecto de tratado o de proyecto de directrices que puedan utilizarse en esa (improbable) eventualidad. Ir más allá distraería la atención de las tareas importantes, incluida la prevención o solución de las controversias que pueden tener como secuela graves crímenes contra la humanidad.

36. Otro argumento en contra de un tribunal internacional es el basado en el simple número de dificultades técnicas que entraña. Esos problemas se plantean en todas las etapas del proceso, desde la detención y entrega de los sospechosos hasta la ejecución de las sentencias. Los problemas concretos, tomados uno a uno, pueden ser solubles; juntos pueden representar una considerable barrera a la creación de un tribunal y suponen el riesgo de que, aunque se constituya ese tribunal, no funcione con arreglo a lo previsto.

#### c) Otras posibilidades

37. Hasta ahora el enfoque se ha centrado en la posibilidad de una jurisdicción penal internacional en forma de un tribunal de primera instancia, pero un miembro del Grupo de Trabajo planteó otra posibilidad. Con arreglo a esta opinión, carece de realismo tratar de crear en el plano internacional una forma duplicada de tribunal de primera instancia con todas las dificultades que ello entraña. En cambio, existe la necesidad de fortalecer los tribunales nacionales para que puedan ocuparse más eficazmente de los crímenes de carácter internacional. El presente sistema de tratados que definen los crímenes

internacionales presenta defectos, en cuanto que simplemente atribuyen una competencia universal y concurrente a los tribunales de los Estados, sin hacer nada más para ayudarles a tramitar unas acusaciones que en muchos casos serán muy graves, difíciles de probar y con graves consecuencias para las relaciones internacionales del Estado del foro.

38. Así pues, se sugirió que el enfoque se centrara en el fortalecimiento de los órdenes jurisdiccionales penales nacionales para que cumplieran las funciones previstas en los tratados internacionales pertinentes pero en muchos casos incumplidas. Además de los mecanismos generales de asistencia judicial internacional en causas penales, se sugirieron otras varias posibilidades. Un ejemplo fue una forma de procedimiento de dictamen preliminar, análogo al previsto en el artículo 177 del Tratado de la Comunidad Económica Europea<sup>25</sup>. Esto permitiría a un órgano como la CII dar su opinión sobre cuestiones de derecho internacional o de interpretación de los tratados que surjan o puedan surgir en el curso de un proceso en un tribunal nacional sobre un delito de carácter internacional.

#### d) El planteamiento general del Grupo de Trabajo

39. Estas otras posibilidades se examinarán con más detalle en la sección 4 *infra* (véanse párrs. 81 a 95), cuando se estudie la posibilidad de crear otro mecanismo jurisdiccional penal de carácter internacional. Pero no se niega que el objeto del interés internacional ha sido hasta ahora un sistema plenamente internacional de jurisdicción penal. En los casos previstos el problema no es que los tribunales nacionales no estén funcionando bien o interpreten mal las disposiciones de los tratados internacionales o el significado del derecho internacional general. El problema es que esos tribunales y el sistema de la jurisdicción nacional en general parecen ineficaces para abordar una importante clase de crímenes internacionales, especialmente crímenes cometidos al amparo del Estado o crímenes que representan un importante desafío para la integridad de las estructuras estatales. No es probable que el fortalecimiento de los órdenes jurisdiccionales penales nacionales cubra esta necesidad.

40. En lo que respecta al argumento más general del escepticismo (véanse párrs. 33 a 35 *supra*), la mayoría de los miembros del Grupo de Trabajo no niegan que hay motivos para el escepticismo o que el funcionamiento de un tribunal penal internacional probablemente será un hecho excepcional y no regular. Pero la tarea de construir un orden internacional, un orden en que los valores en que se inspiran las normas pertinentes de derecho internacional se respeten y se hagan cumplir, debe empezar en alguna parte. Aunque la solución de estos problemas no puede depender solamente, ni siquiera principalmente, de un sistema de responsabilidad penal individual, es una parte necesaria de una solución global. A menos que se pueda exigir responsabilidad a las personas que deciden cometer crímenes nefandos de carácter

<sup>25</sup> *Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1987, vol. 1, pág. 377.

internacional, la supresión de esos crímenes será mucho más difícil. En cuanto a los problemas técnicos mencionados en el párrafo 36, si bien no se puede negar que existen, el análisis del presente informe indica que se pueden resolver y la mayoría de los miembros del Grupo de Trabajo opinan que vale la pena intentarlo.

41. Hay pues razones para propugnar alguna forma de proceso penal internacional que vaya más allá de lo que existe actualmente. Pero aun afirmando que esto es así, el Grupo de Trabajo cree también que todo intento de establecer un mecanismo jurisdiccional penal de carácter internacional viable debe partir de una base modesta y realista. Los sistemas nacionales de justicia penal son costosos y complejos y sería difícil y muy caro reproducir estos sistemas en el plano internacional. Esto se debe en particular a que el ejercicio de la jurisdicción penal internacional ha sido hasta ahora sumamente raro. No existe ningún órgano de experiencia internacional en el ejercicio de la jurisdicción penal al que recurrir, como existía en el ámbito del arbitraje internacional cuando se crearon la CPJI y su sucesora, la CIJ. En estas circunstancias es mejor tratar de establecer un organismo flexible, que esté disponible en caso de necesidad en el plano internacional. Ello no debe implicar la creación de un aparato costoso que en definitiva se utilice poco.

42. Por estas razones, en el Grupo de Trabajo hubo acuerdo general en que un tribunal sería fundamentalmente un medio a disposición de los Estados partes en su estatuto (y posiblemente, en términos definidos, otros Estados). De este enfoque básico se siguen algunas conclusiones. Así, un tribunal internacional no debe tener jurisdicción obligatoria en el sentido de una jurisdicción que un Estado parte en el estatuto esté obligado a aceptar *ipso facto* y sin nuevo acuerdo. Tampoco tendría jurisdicción exclusiva, en el sentido de una jurisdicción que excluyera la jurisdicción concurrente de los Estados en causas penales<sup>26</sup>. No debe ser un órgano de plena dedicación, sino más bien un mecanismo establecido llamado a funcionar cuando se le necesite. Tendría así la ventaja de existir como entidad jurídica, capaz de funcionar tan pronto como se le necesitase, sin tener el inconveniente de ser un órgano costoso con un personal de plantilla que quizá no tuviera que actuar de un año a otro.

43. La exposición en las siguientes secciones del informe procede sobre esta base. Con arreglo a este enfoque, el medio que el tribunal ha de ofrecer se sitúa en el extremo inferior de la escala de posibilidades o de las propuestas que se han hecho, no porque las propuestas más amplias carezcan de atractivo, al menos para algunos miembros del Grupo de Trabajo, sino porque la mayoría de los miembros del Grupo de Trabajo están convencidos de que la elección efectiva se ha de hacer entre crear un tribunal que sea un medio flexible y complementario para los Estados y no crear ningún tribunal. En una etapa posterior pueden hacerse propuestas más

amplias cuando se haya establecido una entidad modesta y flexible que haya demostrado su valía en la práctica.

### 3. CUESTIONES DE ESTRUCTURA Y DE COMPETENCIA

44. Esta parte del informe trata de las cuestiones de estructura y de competencia básicas que se han de resolver para crear un tribunal penal internacional. Según el Grupo de Trabajo, las principales cuestiones se examinarán en el orden siguiente:

- a) El método de creación del tribunal;
- b) La composición del tribunal;
- c) Las modalidades de aceptación de la jurisdicción del tribunal por los Estados;
- d) La competencia objetiva del tribunal;
- e) La competencia del tribunal respecto de las personas;
- f) Las relaciones entre el tribunal y el código de crímenes;
- g) Posibles disposiciones sobre la administración interna del tribunal (y en particular sus relaciones con el sistema de las Naciones Unidas).

#### a) *El método de creación del tribunal*

45. Aunque en otras ocasiones se han propuesto otros métodos de establecimiento de un tribunal penal internacional como, por ejemplo, mediante una resolución de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad, el método normal para la creación de una institución internacional es un tratado convenido entre los Estados partes. Si esa institución ha de formar parte del sistema de las Naciones Unidas se habrán de tomar medidas adicionales, pero en principio la estructura necesaria ha de ser acordada por los Estados. Así debe suceder en este caso: el tribunal penal internacional debe tener su propio estatuto en forma de tratado. Ningún otro método tendría garantizado un grado suficiente de apoyo internacional para funcionar con eficacia.

#### b) *La composición del tribunal*

46. El Grupo de Trabajo estima que el tribunal no debe ser un órgano de plena dedicación, sino una estructura que, una vez creada, pueda entrar en funcionamiento cuando se necesite. Así, el tribunal se constituiría, con arreglo a un procedimiento determinado por su estatuto, en cada ocasión en que hubiera de actuar. Esto reduciría sustancialmente los costos y también contribuiría a garantizar la disponibilidad de personas debidamente calificadas para actuar como jueces.

47. Algunos miembros del Grupo de Trabajo subrayaron que para ser plenamente eficaz a largo plazo el tribunal internacional debía estar formado por magistrados con dedicación exclusiva. Esto permite la formación de un grupo comprometido e informado con un conocimiento colectivo de los fines y los métodos de trabajo del tribunal. Es también la mejor manera de lograr una

<sup>26</sup> Esto deja en pie la cuestión de si en el caso de ciertas infracciones penales muy especiales, por ejemplo la agresión, el enjuiciamiento en un tribunal penal internacional debe ser la única opción (véase párr. 74 *infra*).

auténtica independencia. Ciertamente, esta opinión es compartida por el Grupo de Trabajo en su conjunto. Pero todos los miembros del Grupo de Trabajo reconocen que los costos que ello implicaría no justificarían, especialmente en la primera fase del funcionamiento del tribunal, el nombramiento de jueces de dedicación exclusiva. Es necesario asegurar de otra manera que los jueces de un tribunal posean las cualidades necesarias.

48. En opinión del Grupo de Trabajo, los jueces de un tribunal penal internacional deben reunir dos condiciones principales. La primera es la independencia y la imparcialidad. La segunda es la posesión de la competencia y experiencia apropiadas; concretamente experiencia en la administración de la justicia penal y conocimiento del derecho penal internacional (es decir, conocimiento de las disposiciones de derecho internacional relativas a la jurisdicción penal y de los diversos tratados en los que se tipifican crímenes de carácter internacional). En todo proceso de selección se ha de tener presente que si bien se plantearán cuestiones jurídicas sustantivas, en el plano del juicio nunca serán tantas como las cuestiones de hecho y de procedimiento. Todo sistema para la selección de los jueces que han de llevar adelante un proceso debe ser tal que asegure su imparcialidad y su competencia en este sentido.

49. No es necesario exponer aquí los detalles concretos de ese sistema. El sistema de selección debe basarse simplemente en el nombramiento por un Estado parte en el estatuto o puede requerir una elección entre candidatos, posiblemente una elección por los Estados partes en el estatuto, o celebrada bajo los auspicios de la Asamblea General. El Grupo de Trabajo simplemente sugiere lo siguiente como procedimiento posible y viable. Lo hace para demostrar que los diversos problemas se pueden superar sin tener que crear, en las fases iniciales del establecimiento de un tribunal, un poder judicial de dedicación exclusiva y costoso.

50. Se sugiere que cada Estado parte en el estatuto designe, por un período determinado, a una persona calificada para actuar como magistrado del tribunal. Los candidatos se considerarán calificados si ocupan o han ocupado cargos judiciales en el más alto tribunal penal de un Estado parte o tienen experiencia por otro concepto en derecho penal (incluido, cuando sea posible, el derecho penal internacional). Los Estados partes se comprometerán a que los magistrados estén razonablemente disponibles para formar parte del tribunal. Los Estados partes elegirán en votación secreta de entre los magistrados así designados a una persona que actúe como presidente del tribunal por un período determinado y a otros cuatro magistrados que con el presidente constituyan una «sala de gobierno» del tribunal. Cuando se requiera la constitución del tribunal la «sala de gobierno» elegirá cinco magistrados para que formen el tribunal y al hacerlo tomará en cuenta criterios determinados, como la nacionalidad del acusado. En virtud del estatuto, los magistrados del tribunal actuarán, por supuesto, independientemente de toda orientación o control de su Estado de origen.

51. Una sugerencia que se ha hecho implica una ligera matización de esta idea básica, sin desviarse de la propuesta de que un tribunal de magistrados de plena dedi-

cación es poco práctico e innecesario en la presente etapa. Según esta idea, el presidente del tribunal sería el único que tuviese plena dedicación, puesto que le correspondería supervisar las tareas administrativas que hubiera que desempeñar, presidir la «sala de gobierno» y en general representar al tribunal. A esta idea va unida la posibilidad de que la «sala de gobierno» desempeñe una función en la preparación, con el asentimiento de los demás magistrados, de normas procesales del tribunal y posiblemente también sus normas relativas a las pruebas, en la forma en que los magistrados de la CIJ formulan y modifican el reglamento de ésta.

c) *Las modalidades de aceptación de la jurisdicción del tribunal por los Estados*

52. Según se indicó anteriormente, el Grupo de Trabajo estima que tal tribunal internacional no debería tener jurisdicción obligatoria, en el sentido de una jurisdicción general que todo Estado parte en el estatuto esté obligado a aceptar *ipso facto* y sin necesidad de ulterior acuerdo. Al pasar a ser parte en el estatuto, los Estados aceptarían ciertas obligaciones administrativas (por ejemplo, contribuir al presupuesto del tribunal, designar un magistrado para el tribunal y mantenerlo a su disposición en caso necesario y encargarse de la custodia del acusado hasta el momento de su procesamiento por el tribunal que haya de ejercer la jurisdicción). Pero el hecho de pasar a ser parte en el estatuto no implicaría, en sí mismo, la aceptación de la jurisdicción del tribunal respecto de ciertas infracciones, o clases de infracciones particulares. Esta aceptación debería llevarse a cabo en virtud de un acto jurídico independiente, análogo a la aceptación de la cláusula facultativa del Estatuto de la CIJ, o mediante un proceso de aceptación específica o una declaración unilateral.

53. Una vez más, no es necesario elaborar aquí los detalles de este sistema. El Grupo de Trabajo se limita a sugerir las siguientes disposiciones posibles.

54. Todo Estado parte en el estatuto estaría en libertad de aceptar la jurisdicción del tribunal. Esta aceptación podría realizarse bien de manera específica, en relación con una infracción determinada que se impute a una persona concreta, o por anticipado, para una categoría específica de infracciones contra uno o más tratados que queden dentro de la competencia objetiva del tribunal, en la medida en que el tratado se encuentre en vigor respecto al Estado de que se trate. Esta aceptación se referiría, por supuesto, únicamente a las personas dependientes de la jurisdicción del Estado interesado, y el efecto de la aceptación dependería de las reglas acerca de la competencia del tribunal, descritas en las dos secciones siguientes del presente informe. La aceptación podría ser por tiempo ilimitado o referirse únicamente a posibles infracciones cometidas con posterioridad a la declaración.

55. El Grupo de Trabajo observa que esta idea se ajusta más estrechamente al posible proyecto de disposición sobre la jurisdicción del tribunal propuesto por el Relator Especial en su noveno informe<sup>27</sup> que a las pro-

<sup>27</sup> Para el texto, véase *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), nota 283.

puestas más amplias de jurisdicción exclusiva que figuran en su décimo informe<sup>28</sup>. En el debate sobre este aspecto del décimo informe durante el actual período de sesiones, la opinión predominante entre los miembros de la Comisión que hablaron sobre este tema era contraria a un sistema amplio de jurisdicción exclusiva (aunque algunos miembros sí apoyaron este sistema). La idea del Grupo de Trabajo es que la jurisdicción del tribunal sería plenamente, o predominantemente, concurrente con la de los tribunales nacionales, y que la aceptación de la jurisdicción del tribunal no sería un aspecto necesario de la participación en el estatuto.

56. Otra cuestión que debe examinarse es la de si los Estados que no sean partes en el estatuto pueden aceptar la jurisdicción del tribunal en un caso concreto y, en caso afirmativo, en qué condiciones. Puesto que la finalidad básica de un tribunal es ayudar a los Estados a encontrar soluciones a problemas que implican infracciones graves de carácter internacional (véase párr. 42 *supra*), el Grupo de Trabajo considera que el tribunal debe estar a disposición del mayor número posible de Estados. Así pues, deberían tener acceso a él los Estados que no sean partes en el estatuto, en casos concretos, siempre que estos Estados acepten a los efectos de ese caso concreto las obligaciones del estatuto y que sufragan la totalidad de los gastos (o una parte definida de los mismos).

#### d) *La competencia objetiva del tribunal*

57. A juicio del Grupo de Trabajo, la competencia del tribunal debería extenderse a determinados tratados internacionales vigentes en los que se tipifican crímenes de carácter internacional. Entre éstos debería figurar el proyecto de código (a reserva de su aprobación y entrada en vigor), pero sin limitarse a este código. No es necesario llegar a un acuerdo en la fase actual sobre la lista concreta de tratados internacionales de derecho penal: incluiría ciertamente los crímenes de guerra graves, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid* y las diversas convenciones sobre la toma de rehenes, captura de buques y aeronaves, etc.

58. En el caso de ciertas convenciones que definen infracciones penales que se cometen con frecuencia y que tienen un carácter muy amplio, tal vez sea necesario limitar más estrictamente el número de infracciones sometidas a la competencia objetiva del tribunal. De otra forma, se correría el riesgo de que el tribunal se viese sobrecargado con casos de menor gravedad cuando la intención es que su jurisdicción se ejerza exclusivamente respecto de los casos más graves, es decir de las infracciones penales que, en sí mismas, tienen carácter internacional. Por ejemplo, las convenciones que se ocupan del tráfico ilícito de estupefacientes tienen un ámbito muy amplio, que se extiende al tráfico de ciertas cantidades de estupefacientes por personas que constituyen los últimos eslabones de la cadena de distribución y cuyas actividades son exclusivamente locales. Este problema se aborda en la disposición pertinente del proyecto de código (proyecto de artículo 25), que lo limita a las personas que practican el tráfico «en gran escala», con especial énfasis en aquellas personas que organizan y financian el tráfico de estupefacientes<sup>29</sup>.

59. Otra cuestión que ha de tenerse en cuenta es la de si la competencia objetiva de un tribunal debe extenderse a los crímenes contra el derecho internacional general que todavía no se han incorporado o tipificado en los tratados en vigor. Puede ocurrir que los Estados se muestren renuentes a aceptar esta jurisdicción por anticipado, ya que no existe una lista exhaustiva de actos que sean o puedan ser considerados crímenes de conformidad con el derecho internacional general. En resumen, el Grupo de Trabajo considera que, en la primera fase de la creación de un tribunal, su jurisdicción debería limitarse a los crímenes definidos por los tratados en vigor. Un importante factor que apoya esta conclusión es que únicamente los casos significativos de crímenes internacionales no definidos en los tratados (en particular la agresión) se han incluido efectivamente en el proyecto de código. No hay duda de que el proyecto de código se incluirá en la lista de tratados sujetos a la jurisdicción del tribunal, a reserva de que se concluya y entre en vigor. A juicio del Grupo de Trabajo, ésta es una de las formas más seguras y satisfactorias de someter este tipo de crímenes a la jurisdicción de un tribunal.

#### e) *La competencia del tribunal respecto de las personas*

60. Esta es una de las cuestiones técnicas más difíciles que deben afrontarse debido, en parte, a que la gama de posibles circunstancias es sumamente amplia y, en parte, a las diferentes bases para atribuir la competencia personal en asuntos penales en virtud de los diversos ordenamientos jurídicos nacionales. Por ejemplo, algunos de esos ordenamientos jurídicos destacan la territorialidad como base de la jurisdicción penal y, en consecuencia, tienen pocos reparos en conceder la extradición de sus propios nacionales al Estado en que se ha cometido el delito. Otros, si bien toman en consideración la territorialidad, afirman la jurisdicción penal respecto de los actos de sus propios nacionales dondequiera que se hayan

<sup>28</sup> El posible proyecto de disposición propuesto por el Relator Especial es del tenor siguiente:

«1. Todo Estado Parte en el presente Estatuto reconoce la competencia exclusiva y obligatoria del Tribunal para conocer de los crímenes siguientes:

»El genocidio;  
 »Las violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos;  
 »El *apartheid*;  
 »El tráfico internacional ilícito de estupefacientes;  
 »La captura de aeronaves y el secuestro de agentes diplomáticos o de personas internacionalmente protegidas.

»2. El Tribunal no podrá conocer de ningún crimen, distinto de los enumerados en el párrafo precedente, si no tiene atribuida competencia por el Estado o los Estados en cuyo territorio presuntamente se haya cometido el crimen y por el Estado víctima o el Estado cuyos nacionales hayan sido víctimas de ese crimen.

»3. El Tribunal no será competente para conocer en segunda instancia de las resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales nacionales.»

<sup>29</sup> Véase el párrafo 4 del comentario de la Comisión sobre el artículo X (que pasó a ser el proyecto de artículo 25) en *Anuario... 1990*, vol. II (segunda parte), pág. 32.

cometido y no conceden su extradición. El Relator Especial presentó varias propuestas diferentes sobre esta cuestión en sus informes noveno y décimo<sup>30</sup>, sobre todo una propuesta según la cual la jurisdicción facultativa exige el consentimiento del Estado del territorio y del Estado o Estados víctimas, y en cada caso los miembros de la Comisión expresaron opiniones sumamente diferentes.

61. Antes de examinar la cuestión de la competencia respecto de las personas, es necesario distinguirla de la cuestión del derecho de un Estado (cualquiera que sea su relación con la presunta infracción) a solicitar la extradición de un sospechoso en virtud de los tratados en vigor que contengan una cláusula de «extradición o enjuiciamiento». En otras palabras, se plantea la cuestión de cómo resolver el posible conflicto entre la jurisdicción *ratione personae* de un tribunal penal internacional y la del Estado que solicita la extradición. Este Estado puede o no ser parte en el estatuto del tribunal, o puede o no haber aceptado su jurisdicción respecto de la infracción de que se trate. Sin embargo, este problema sólo puede presentarse si el tribunal penal internacional es efectivamente competente para conocer de esa infracción. Se plantea, pues, la cuestión de cómo resolver un conflicto de competencia, cuestión que se examina en la sección 6 *infra* (véanse párrs. 163 a 165). El problema que actualmente se examina es una cuestión previa, a saber, cuáles son los requisitos necesarios para que un tribunal internacional tenga competencia *ratione personae* en primer lugar.

62. El caso más claro es el de una presunta infracción cometida en el territorio de un Estado parte en el estatuto (Estado A) por una persona que en ese momento sea nacional de ese Estado. Puesto que muchos crímenes contra la humanidad se cometen en un solo Estado, éste puede ser incluso el caso más corriente. En tal caso, el tribunal debería poder ejercer una competencia *ratione personae* respecto del presunto infractor siempre que el Estado interesado haya aceptado la competencia del tribunal con respecto a la infracción de que se trate. El Grupo de Trabajo no cree que sea necesario el consentimiento de ningún otro Estado. En particular, el Grupo de Trabajo no considera que en este caso sea necesario el consentimiento especial del Estado cuyos nacionales sean víctimas de la infracción.

63. Otro caso que probablemente no plantee dificultades es el de una supuesta infracción cometida exclusivamente en el Estado A por una persona, sea o no nacional del Estado A, que en todo momento pertinente (incluido el momento en que se inicia el proceso) estuviera presente en el territorio del Estado A y, por consiguiente, disponible para ser juzgada. La cuestión que plantea este ejemplo es la de si, pese a la competencia indudable del Estado A para enjuiciar la infracción y al hecho de que mantenga bajo custodia legítima al acusado, se requiere, no obstante, el consentimiento del Estado de la nacionalidad para procesar al acusado ante un tribunal penal internacional. El Grupo de Trabajo no cree que deba exigirse este consentimiento, ya que es difícil impugnar la primacía de la reivindicación jurisdiccional del Estado

A; además, en este caso, muchos Estados no afirman su jurisdicción sobre la base de la nacionalidad. Sin embargo, la cuestión merece un examen más detallado.

64. También habrá que proceder a un examen más detallado para determinar con precisión las diversas situaciones, además de los casos examinados en los párrafos 62 y 63 *supra*, que deben quedar sometidas a la competencia *ratione personae* del tribunal. La posibilidad más amplia consistiría en partir del principio actual de la competencia universal en virtud de los diversos tratados. Así, podría establecerse que el tribunal es competente *ratione personae* en todos los casos en que un Estado parte en el estatuto tenga la custodia legítima de un presunto infractor, siempre que dicho Estado sea competente para juzgarlo en virtud del tratado de que se trate o del derecho internacional general y que consienta en que el tribunal ejerza la competencia en su lugar. Este sistema puede describirse como una «competencia cedida». El argumento en que se basa es que un Estado no puede reclamar si, en virtud del derecho internacional, el Estado al que corresponde ejercer la competencia respecto de una persona por una infracción cede dicha competencia a un tribunal penal internacional establecido en virtud de un tratado multilateral —al menos, si todos los demás Estados interesados son partes en ese tratado—. En cambio, en el caso de un tratado que establezca una competencia universal respecto de un crimen de carácter internacional, puede decirse que todos los Estados son partes «interesadas» y tienen derechos, o posibles derechos, a ejercer su competencia, derechos que no pueden quedar afectados sin su consentimiento. Por lo tanto, a menos que el tratado por el que se establezca el tribunal cuente con una aceptación cuasi universal, el argumento de la «competencia cedida» no parecería válido.

65. A juicio del Grupo de Trabajo, no es conveniente tratar de recurrir a argumentos más amplios de este tipo en apoyo de la competencia de un tribunal. Al menos en una primera fase es necesario establecer y reforzar la confianza de los Estados en el tribunal como un posible medio de hacer frente a ciertos casos especiales. Esta necesidad sólo puede satisfacerse si se presta especial atención a las pretensiones legítimas de los Estados en materia de competencia.

66. El Grupo de Trabajo no considera necesario establecer un régimen detallado de competencia *ratione personae*. Podrían considerarse diversas opciones. Por ejemplo, podría exigirse (en los casos distintos de los previstos en los párrafos 62 y 63 *supra*) el consentimiento tanto del Estado del territorio como del Estado de la nacionalidad. Otra solución podría ser que el Estado de la nacionalidad sólo pueda impedir que el tribunal ejerza su competencia cuando ese Estado esté dispuesto a perseguir penalmente al imputado ante sus propios tribunales (principio inverso de la norma *aut dedere aut judicare*). A los efectos que aquí interesan, baste decir que el Grupo de Trabajo cree que puede encontrarse una solución que respete el actual orden jurisdiccional penal de los Estados y que, no obstante, tenga en cuenta la mayoría de las situaciones que pueden surgir (en particular, las situaciones a que se refieren los párrafos 62 y 63 *supra*).

<sup>30</sup> Véanse notas 27 y 28 *supra*.

67. Como resumen de las secciones *c* a *e* del presente informe, el Grupo de Trabajo prevé un sistema en virtud del cual habrían de darse tres condiciones para que un tribunal penal internacional fuera competente para conocer de un asunto:

a) El asunto debe referirse a un presunto crimen que corresponda a su competencia objetiva;

b) El Estado o Estados que, conforme a las disposiciones referentes a la competencia *ratione personae*, tengan que aceptar la competencia del tribunal deberán haberla aceptado, bien anticipadamente o para el caso concreto de que se trate;

c) El presunto crimen debe corresponder a las condiciones de aceptación de la competencia del tribunal (por ejemplo, por lo que respecta a la materia, momento, etcétera).

f) *Las relaciones entre el tribunal y el código de crímenes*

68. Hasta ahora, de acuerdo con las instrucciones de la Asamblea General, la labor de la Comisión acerca de la posibilidad de crear un tribunal penal internacional se ha desarrollado en el marco del proyecto de código. Evidentemente, hay relaciones importantes entre ambos proyectos. Un tribunal penal internacional, debidamente establecido, garantizaría la interpretación más objetiva y uniforme del código. Sería lamentable que algunos Estados no ratificasen el código por falta de medios adecuados para su aplicación. Del mismo modo, sería lamentable que los Estados no se adhiciesen al estatuto de un tribunal por entender que, a falta de un código, carece de competencia objetiva.

69. A la inversa, existe también la posibilidad de que ciertos Estados que no están satisfechos con el código estén dispuestos, no obstante, a aceptar el estatuto de un tribunal como medio jurisdiccional que venga a complementar útilmente la gama actual de tratados internacionales en que se definen infracciones de carácter internacional. Si el tribunal es un mecanismo útil en relación, por ejemplo, con el crimen de genocidio, tal como se define en el código, debe ser igualmente útil en relación con este mismo crimen según se define en la propia Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, cuyas disposiciones el código no hace más que repetir. Lo esencial, para que el tribunal llegue a ser una realidad, es potenciar al máximo el apoyo que puede recibir de los Estados.

70. Así pues, al redactar el estatuto de un tribunal, debe también dejarse abierta la posibilidad de que un Estado llegue a ser parte en el estatuto sin convertirse por ello en parte en el código, o que el Estado reconozca al tribunal competencia en relación con el código o con uno o varios crímenes de carácter internacional definidos en otras convenciones, o caso por caso. El criterio debe ser de máxima flexibilidad por lo que respecta a la competencia objetiva de un tribunal, y la manera más fácil de conseguir esto es que el código y el estatuto de un tribunal sean instrumentos distintos.

71. Por estas razones, el Grupo de Trabajo llega a la conclusión de que el estatuto de un tribunal y el proyecto de código pueden constituir instrumentos separados, es-

tableciendo en el estatuto del tribunal que su competencia objetiva se extiende al código además de a otros instrumentos. En otras palabras, un Estado debería poder llegar a ser parte en el estatuto sin convertirse por ello en parte en el código, aunque éste, una vez que se haya aprobado definitivamente, sería uno de los instrumentos internacionales en que se tipifican las infracciones de carácter internacional sujetas a la competencia del tribunal.

72. Esta conclusión sustantiva se entiende sin perjuicio del trato que se dé a la cuestión en la Comisión, teniendo presente la vinculación de esta cuestión en la Asamblea General con el proyecto de código y con la propuesta de Trinidad y Tabago (véase párr. 12 *supra*).

73. Naturalmente, para ejercer esta jurisdicción será necesario que el estatuto contenga orientaciones adecuadas sobre el derecho que ha de aplicarse, sobre las penas aplicables, etc., a fin de que puedan colmarse cualesquiera lagunas que existan en los diversos tratados. Así lo exige el principio *nullum crimen sine lege*. A reserva de esta condición esencial, el Grupo de Trabajo concluye que convendría establecer un tribunal con competencia para conocer de las infracciones tipificadas en los diversos tratados a que se refiere el párrafo 57 *supra* y que ejerza también competencia respecto de los crímenes tipificados en el código.

74. Debe destacarse que se plantea también la cuestión de saber si el propio código debe depender de la creación de una jurisdicción penal internacional, al menos con respecto a ciertas infracciones, como la agresión. Algunos miembros de la Comisión estiman que el proyecto de código sólo puede aplicarse satisfactoriamente si existe al mismo tiempo un tribunal penal internacional con competencia para conocer de algunas de las infracciones definidas en el código. Otros estiman que esta vinculación es deseable. Pero esto no significa que el tribunal que se propone deba limitarse a las infracciones que figuran en el código. Un tribunal podría tener una utilidad independiente, en particular si goza del amplio apoyo de los Estados. Esto parecería indicar que ese tribunal debe establecerse en virtud de su propio estatuto.

g) *Posibles disposiciones sobre la administración interna del tribunal*

75. Sólo es preciso hacer aquí una breve descripción de las disposiciones administrativas. Una cuestión importante (que el Comité de 1953 dejó sin resolver) es la de si el tribunal debe formar parte del sistema de las Naciones Unidas o debe funcionar como órgano independiente. El Grupo de Trabajo señala más adelante (véase párr. 95 *infra*) que un tribunal penal regional, que funcionase con plena independencia o en el marco de la organización regional correspondiente, podría quizás atender, en ciertos aspectos, las necesidades que pretende satisfacer un tribunal penal internacional. Pero un tribunal de ámbito y jurisdicción mundiales debería sin duda, a juicio del Grupo de Trabajo, estar vinculado a las Naciones Unidas.

76. En la primera fase, al menos, no es necesario tratar de dar a esta vinculación forma institucional, incorporando el tribunal en la estructura de las Naciones Unidas. Ya se ha llegado a la conclusión de que el tribunal debe establecerse en virtud de su propio instrumento constitutivo. Pero esto no impide que el tribunal se vincule a las Naciones Unidas bien a través de un acuerdo formal de vinculación, de conformidad con los Artículos 57 y 63 de la Carta de las Naciones Unidas, o bien de otra forma. Un posible modelo a este respecto es el Comité de Derechos Humanos, establecido en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, establecido de conformidad con la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Según la opción elegida, será necesario, por supuesto, respetar los procedimientos administrativos y presupuestarios de las Naciones Unidas y, sin duda, obtener la aprobación de la Asamblea General.

77. Por lo que respecta a otros aspectos administrativos, el Grupo de Trabajo ya ha destacado que el tribunal no debe tener un personal judicial de carácter permanente. Por el mismo motivo, su personal administrativo permanente debe ser muy reducido o inexistente, aunque esto dependerá hasta cierto punto del sistema procesal que se establezca. Los servicios de secretaría podrían ser ejecutados mediante acuerdo con la Secretaría de la CIJ, o tal vez con la Oficina del Asesor Jurídico de las Naciones Unidas, salvo en los casos en que el tribunal esté llamado a intervenir. Estas funciones de secretaría probablemente no serán muy amplias.

78. Cualquiera que sea el lugar en que se lleven a cabo las funciones administrativas relacionadas con el tribunal, el Grupo de Trabajo estima que, cuando ello sea posible, el tribunal debería reunirse en el Estado en que se haya cometido la presunta infracción o, al menos, en la misma región, durante la sustanciación de la causa. Pero esto tal vez no sea siempre posible, en particular cuando se considere que hay problemas de seguridad: esta cuestión no puede decidirse anticipadamente mediante una norma sobre el lugar de celebración del proceso.

79. En los casos en que el tribunal no se reúna en el lugar del presunto crimen, habrá que tomar medidas para que se reúna en un lugar adecuado, quizá en la sede de la CIJ, en La Haya.

80. Puesto que el Grupo de Trabajo prevé un mecanismo modesto más bien que una institución permanente con una plantilla importante, los costos ordinarios del tribunal que se sugiere deberían ser bajos y podrían ser sufragados por las partes en el estatuto o tal vez con cargo al presupuesto ordinario de las Naciones Unidas. Por otra parte, un proceso penal podría ser, según su longitud y complejidad, más o menos oneroso, como ocurre cada vez con más frecuencia en el ámbito nacional. No es necesario examinar aquí las disposiciones detalladas que habría que adoptar para hacer frente a estos costos adicionales, pero el Grupo de Trabajo estima que podrían ser sufragados en gran parte por los Estados que recurriesen al tribunal, con arreglo a una fórmula acordada.

#### 4. UN «MECANISMO JURISDICCIONAL PENAL DE CARÁCTER INTERNACIONAL» DISTINTO DE UN TRIBUNAL

81. En su resolución 46/54, la Asamblea General pidió a la Comisión que examinara, entre otras cosas, «propuestas para el establecimiento de un tribunal penal internacional u otro mecanismo procesal internacional» (véase párr. 10 *supra*). Esta terminología refleja el hecho de que, al buscar respuestas a los problemas con que se enfrentan sus sistemas de justicia penal, algunos Estados se han preguntado si sería posible establecer un mecanismo distinto de un tribunal penal internacional. Además, las versiones de la resolución en idiomas distintos del inglés no son tan explícitas como la versión inglesa, en la que se hace referencia a *other international criminal trial mechanism*, mientras que la versión francesa, por ejemplo, se refiere a «*un autre mécanisme juridictionnel pénal de caractère international*» y no utiliza el término «*procès*» (*trial*). Parece, pues, que se piensa en alguna forma de estructura jurisdiccional internacional con ayuda de la cual se instruya un proceso penal, que podría ser un proceso ante un tribunal nacional.

82. Antes de examinar las diversas posibilidades es necesario hacer una observación fundamental. Lo que interesa al Grupo de Trabajo son las acusaciones criminales graves formuladas contra personas inculpadas. En relación con esas actuaciones, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (véanse especialmente los artículos 14 y 15) y en las diversas convenciones regionales sobre derechos humanos<sup>31</sup> se establecen las pautas mínimas esenciales de las garantías procesales. Es posible prever estructuras nacionales que sirvan de apoyo a un mecanismo penal en el plano internacional (como en el tribunal propuesto) o, a la inversa, disposiciones internacionales auxiliares que refuercen un mecanismo penal nacional. De uno u otro modo, en el centro del mecanismo ha de haber un proceso del inculpado que se ajuste a pautas internacionalmente aceptadas. Sin duda los incidentes de procedimiento y de otro tipo de un proceso pueden variar considerablemente. No es propósito de los artículos 14 y 15 del Pacto reflejar ningún sistema nacional de procedimiento penal determinado. Pero queda en pie lo fundamental: si en el ámbito nacional o en el internacional, en relación con infracciones penales graves de carácter internacional tipificadas en los diversos tratados y en el proyecto de código, el único «mecanismo jurisdiccional» apropiado (*criminal trial mechanism*) es un tribunal penal debidamente constituido, es decir un órgano con garantías apropiadas de independencia que ejerza funciones judiciales.

83. Sobre este punto no hay desacuerdo en el seno del Grupo de Trabajo. Pero después surgieron diferentes posiciones al tratar de hallar algún «otro mecanismo jurisdiccional de carácter internacional» que pudiera ayudar a resolver los diversos problemas.

<sup>31</sup> Véanse art. 7 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (publicación de las Naciones Unidas HR/PUB/90/1); arts. 5 a 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; y art. 8 de la Convención americana sobre derechos humanos.

84. Con arreglo a una línea de argumentación se sugirió que estas palabras se referían a la creación de un mecanismo muy flexible, aunque a nivel internacional, un mecanismo sencillo, esencialmente de carácter voluntario al que los Estados perjudicados pudieran recurrir en caso necesario. Según esta opinión, lo que se preveía, en el plano del proceso penal, era algo más semejante al Tribunal Permanente de Arbitraje que a la CPJI o su sucesora, la CIJ.

85. Como se desprende de los párrafos anteriores y especialmente de la sección 2 *supra*, el Grupo de Trabajo acepta en gran parte las ideas en que se basa este planteamiento. El esbozo sugerido para un tribunal penal internacional, que se expone en este informe, es tan flexible, tan facultativo, de carácter tan voluntario como puede ser un tribunal internacional. Por otra parte, la flexibilidad ha de tener algún límite. Para ser un mecanismo al servicio de los Estados, el tribunal ha de existir y esto significa, en opinión del Grupo de Trabajo, que necesita estar constituido como mecanismo jurídico antes de que se presente la ocasión para su posible utilización (véanse párrs. 30 y 41 a 43 *supra*). Más allá de ese punto mínimo, las propuestas examinadas aquí ofrecen una flexibilidad considerable. Sin duda, cabe llegar a diferentes conclusiones sobre algunos de los temas concretos examinados en este informe: esta es una cuestión para ulterior examen, en caso de que se lleven adelante las propuestas relativas a una jurisdicción penal internacional. Pero el Grupo de Trabajo considera que su planteamiento refleja y en la medida de lo posible integra ambos aspectos del mandato que la Asamblea General le ha conferido de estudiar «una jurisdicción penal internacional, inclusive propuestas para el establecimiento de un tribunal penal internacional u otro mecanismo procesal internacional», si se supone que la jurisdicción aludida ha de hacer posible el enjuiciamiento en el plano internacional de personas inculpadas de los crímenes en cuestión.

86. Sin embargo, la segunda línea de argumentación precisamente cuestiona este supuesto, a saber que lo que se necesita es un mecanismo para administrar justicia en el ámbito internacional, por contraposición a un mecanismo internacional que sirva de ayuda a los sistemas jurisdiccionales nacionales en los casos en que medie un elemento internacional. Este planteamiento ha sido ya esbozado (véanse párrs. 37 y 38 *supra*) y se han hecho algunas observaciones generales sobre el mismo (véase párr. 39 *supra*). Sin repetir ni quitar lo que se dijo allí, el Grupo de Trabajo cree que es conveniente pasar revista a algunos de los mecanismos jurisdiccionales que podrían adoptarse para fortalecer el ejercicio de la jurisdicción penal nacional. Esos mecanismos podrían reducir la necesidad de un mecanismo jurisdiccional penal de carácter internacional previsto en otro lugar de este informe. O podrían completar o reemplazar ese mecanismo. En todo caso merecen un cierto examen.

87. Una posibilidad sería un mecanismo que contribuyese a asegurar que un tribunal nacional, al conocer de un crimen de carácter internacional, aplicara debidamente las disposiciones pertinentes de derecho internacional. Ejemplo de ese mecanismo es el procedimiento prejudicial establecido en virtud del artículo 177 del Tratado de

la Comunidad Económica Europea<sup>32</sup>. En virtud de dicho artículo, un tribunal nacional puede (y en ciertos casos debe) pedir al Tribunal de Justicia Europeo que se pronuncie sobre una cuestión de derecho europeo que se plantee en un asunto que se le haya sometido. El procedimiento prejudicial se aplica a causas civiles y penales y tanto a los tribunales de primera instancia como a los tribunales de apelación (aunque las solicitudes prejudiciales de un tribunal de primera instancia son raras). Sin modificar el Estatuto de la CIJ, un procedimiento prejudicial similar en el plano internacional tendría que efectuarse a través de la jurisdicción consultiva de la Corte (quizás por conducto de un subcomité de la Asamblea General). Ese procedimiento sería necesariamente facultativo y el dictamen de la Corte no sería formalmente obligatorio. Sin embargo, podría ser un medio de contribuir a asegurar la conformidad con el derecho internacional en casos particulares, incluidos casos concernientes a crímenes de carácter internacional.

88. Otra sugerencia, centrada más directamente en esos crímenes, sería alguna forma de procedimiento internacional preliminar por el cual ciertas conductas de los Estados pudieran ser calificadas de ajustadas a una determinada categoría internacional (por ejemplo agresión, intervención), después de lo cual el enjuiciamiento de personas por su participación en la actividad inculpada podría efectuarse en el plano nacional. En tal caso, el procedimiento internacional podría ser una condición previa necesaria del enjuiciamiento o podría ser facultativo.

89. La última sugerencia, en particular, responde a una dificultad real que se ha de afrontar en relación con el proyecto de código y que ha inducido a muchos miembros de la Comisión a pensar que la aplicación satisfactoria del código requerirá alguna forma de jurisdicción penal internacional (véase párr. 74 *supra*). El problema es que un tribunal nacional no parece un órgano adecuado para el enjuiciamiento de personas acusadas de crímenes cuando la criminalidad de la conducta individual depende esencialmente de la cuestión de saber si un Estado extranjero ha actuado ilícitamente. Puede resultar muy difícil a un tribunal nacional, que puede ser un tribunal de una parte en el conflicto de que se trate, determinar de manera imparcial si una conducta concreta constituye, por ejemplo, agresión. El Estado contra el cual se hace esa acusación no sería un Estado parte en el proceso, de manera que el enjuiciamiento del inculpado podría convertirse en un medio de sustituir una gama más amplia de cuestiones en el plano internacional. Estas circunstancias no son conducentes a la buena administración de la justicia penal.

90. En relación con el crimen de agresión, contenido en el proyecto de código, se plantea también el problema de que la responsabilidad primaria respecto de las controversias que afectan a la paz y la seguridad internacionales está conferida al Consejo de Seguridad, órgano no judicial, en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

91. Otras sugerencias incluyen un sistema internacional de investigación o determinación de hechos rela-

<sup>32</sup> Véase nota 25 *supra*.

cionado de alguna manera con el enjuiciamiento de personas implicadas ante un tribunal nacional. Existen varios órganos internacionales de determinación de hechos<sup>33</sup> y se han propuesto otros<sup>34</sup>. Pero hasta ahora no se ha previsto que funcionen en conjunción con tribunales de primera instancia nacionales. Otra sugerencia es un sistema oficial de observación de los juicios nacionales, actividad realizada hasta ahora por varias organizaciones no gubernamentales internacionales.

92. Existen dificultades tanto en lo que concierne a las investigaciones internacionales oficiales paralelas a un juicio nacional como respecto de la idea de un observador del proceso que actúe a título oficial internacional. En particular, el nivel de la participación internacional puede no ser suficiente para dar plenas garantías de que las actuaciones se desarrollarán imparcialmente, pero tendería a legitimarlas de todos modos. Además, un juicio no es como unas elecciones o un acto de libre determinación (en ambos casos las investigaciones oficiales o los observadores han cumplido una función útil). Una vez juzgada una persona y dictada una sentencia definitiva, no se dispone de ningún otro procedimiento de enjuiciamiento penal. En el presente contexto es difícil apreciar cómo podría resolver este problema un sistema «híbrido», trátase de observadores o de una comisión de investigación en el plano internacional.

93. Por valiosas que sean las sugerencias examinadas en los párrafos 87 a 91 *supra*, la mayoría de los miembros del Grupo de Trabajo cree que estas sugerencias no disipan las principales preocupaciones que subyacen en las demandas de una jurisdicción penal internacional. Como ya se ha señalado (párr. 39 *supra*), estas preocupaciones no se refieren a la aplicación incorrecta del derecho internacional o de las disposiciones de los tratados en procesos penales, por lo demás conducidos debidamente, sino a ejemplos extraordinarios de crímenes internacionales que quedan impunes por falta de un órgano disponible o a procesos ante órganos que podrían considerarse parciales en relación con las cuestiones en juego. En suma, se refieren a casos en que el problema es la existencia o inexistencia misma de un proceso.

94. Sin duda existen formas más flexibles de asistencia judicial internacional que podrían ayudar a algunos países, especialmente a los países más pequeños, de recursos jurídicos y judiciales limitados. Estas podrían ser el envío en comisión de servicio de jueces experimentados pertenecientes a sistemas jurídicos parecidos; el establecimiento en cooperación de tribunales de apelación regionales (como las disposiciones adoptadas en materia de apelación en algunas de las islas del Pacífico más pequeñas); asistencia en materia de formación y capacitación del personal judicial, etc. Pero ninguna de estas ideas guarda especial relación con el problema que se aborda en el presente informe.

<sup>33</sup> Por ejemplo, la Comisión Internacional de Encuesta establecida en virtud del artículo 90 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra.

<sup>34</sup> Véase, por ejemplo, la propuesta de la ILA en relación con una comisión internacional de investigación penal en ILA, *Report of the Sixty-third Conference, Warsaw, 21-27 August 1988*, Londres, 1988

95. Una idea que puede tener posibilidades reales es la relacionada con la preocupación expresada acerca del enjuiciamiento de los grandes traficantes de estupefacientes en países más pequeños. Cuando este problema es un problema peculiar de una determinada región es posible que un tribunal regional de primera instancia, establecido en cooperación por los países interesados, sea una manera de resolverlo. Deberá estudiarse más detenidamente si ese tribunal debe formar parte del sistema de las Naciones Unidas o si debe recibir asistencia técnica o de otra índole de los programas pertinentes de las Naciones Unidas o de otras organizaciones internacionales competentes.

#### 5. EL DERECHO APLICABLE, LAS PENAS Y LAS GARANTÍAS PROCESALES

96. El Grupo de Trabajo examina en esta sección las cuestiones relacionadas con el derecho aplicable, las penas y las garantías procesales en las actuaciones ante un tribunal penal internacional.

##### a) *El derecho aplicable*

97. Al redactar las disposiciones relativas al derecho que habría de aplicar un tribunal penal internacional hay que tener en cuenta la naturaleza específica de los procesos sustanciados ante ese órgano, que es por supuesto de carácter judicial. El juicio de cualquier persona inculpada de un crimen comprendido en la esfera de competencia de ese tribunal no es una controversia internacional entre dos sujetos de derecho internacional. Lo que sucede es que, para pedir cuentas a una persona acusada de un crimen grave de carácter internacional que esté comprendido en la esfera de competencia del tribunal, habría que recurrir a un mecanismo igualmente internacional. No se trata, por otra parte, de crear un tribunal que se ocupe de cuestiones de menor cuantía ni de asuntos que incumban exclusivamente a la jurisdicción interna de ningún Estado. Cualquier cláusula que se incluya acerca del derecho aplicable tendrá que redactarse de modo que en ella se tenga en cuenta esa característica esencial.

98. Como ya se ha dicho antes (párr. 18), en el décimo informe del Relator Especial se examinaba, entre otras cosas, la cuestión del derecho aplicable por una jurisdicción penal internacional y se proponían variantes de proyectos de disposiciones, destinadas a estimular el debate. Esas disposiciones suscitaron reacciones bastante diversas por parte de los miembros de la Comisión, cuyas observaciones se han tenido en cuenta en los párrafos siguientes.

99. Para tener una idea clara sobre el alcance y la redacción de una disposición sobre el derecho aplicable parece conveniente examinar por separado las cuestiones relativas a: a) la definición de los crímenes comprendidos en la esfera de competencia del tribunal; b) los principios generales de derecho penal (causas de justificación, circunstancias atenuantes, etc.); y c) el procedimiento aplicable. Habrá que examinar, además, las consecuencias derivadas del hecho de que el tribunal va a actuar en el plano internacional.

i) *La definición de los crímenes*

100. En lo que concierne a los crímenes que podrán ser sometidos a la consideración del tribunal, debe quedar claro que éste no podrá juzgar más que las infracciones penales que tengan un carácter realmente internacional. Este es un problema que ya se ha examinado (véanse párrs. 57 a 59 *supra*), habiéndose llegado a la conclusión de que la competencia del tribunal debe limitarse a las infracciones que ya estén tipificadas en los tratados en vigor. Esos tratados deberían especificarse en el estatuto del tribunal.

101. El principio *nullum crimen sine lege*, que se formula en el párrafo 1 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respalda firmemente ese criterio. El principio según el cual el acto imputado a una persona debe ser un acto que ya fuera punible en el momento en que se cometió tiene que ser entendido literalmente. Es preciso, en efecto, que el presunto culpable estuviera en ese momento obligado a atenerse a la norma de cuya violación se le acusa. No basta que la norma existiera en una relación interestatal, entendida ésta en el sentido clásico del derecho internacional que, en principio, sólo crea derechos y obligaciones para los sujetos de ese derecho. Es, además, preciso que la norma de que se trate obligara efectivamente al inculpado. En el contexto del futuro estatuto, puede formularse esa exigencia limitando la competencia del tribunal a los crímenes de carácter internacional que ya estén específicamente definidos por tratados en vigor. Incumbirá entonces a cada Estado parte adoptar las medidas necesarias para que su derecho interno aplique esos tratados, ya sea en virtud del rango que se atribuya a éstos en el sistema constitucional del Estado de que se trate, ya como resultado de leyes especiales de ejecución.

102. No significa esto que no existan normas de derecho internacional general (por ejemplo la prohibición del genocidio) que obligan directamente al individuo y en virtud de las cuales éste puede ser castigado en caso de violación. Habría sido, por lo tanto, también posible incluir en el marco de la competencia objetiva del tribunal una disposición con arreglo a la cual pudiera éste entender en las infracciones de derecho internacional general que no estén definidas en ningún tratado. Esa posibilidad ha sido ya rechazada por los motivos expuestos en el párrafo 59 *supra*. En sus trabajos sobre el proyecto de código, la Comisión está tratando de codificar los crímenes más graves contrarios al derecho internacional general, aquellos que ponen en peligro los fundamentos mismos de la comunidad de naciones. Por eso, y a condición de que el código (una vez que haya sido ultimado y haya entrado en vigor) se incluya en la lista de tratados que caen dentro de la esfera de competencia del tribunal, no es necesario utilizar la categoría de crímenes de derecho internacional como fundamento distinto de su competencia.

ii) *Las reglas generales de derecho penal*

103. En lo concerniente a la parte general de un sistema de derecho penal, hay que tener en cuenta distintas consideraciones. La mayor parte de los tratados que definen crímenes internacionales no se refieren a las

causas de justificación ni a las circunstancias atenuantes. Por otra parte, si bien existen varios crímenes definidos como tales por el derecho internacional consuetudinario, no puede decirse que se hayan desarrollado normas adicionales de derecho internacional en cuestiones tales como la de las causas de justificación<sup>35</sup>. Incluso el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 15) se limita a referirse a los «principios generales del derecho». Análogamente, el proyecto de convención de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Delitos de Guerra<sup>36</sup> se refería, en el apartado *d* del artículo 18, a los «principios de derecho penal generalmente reconocidos por las naciones civilizadas».

104. Otra posibilidad, o un complemento de la anterior, era referirse al derecho interno aplicable. Normalmente, las personas naturales sólo están sometidas al derecho interno. En tales casos, las disposiciones pertinentes del derecho penal del país de que se trate constituyen un elemento necesario de cualquier proceso conforme a derecho. Por eso es posible que, incluso en el caso de los crímenes definidos como tales por los tratados internacionales, haya que aplicar disposiciones de derecho interno. No obstante, esto plantea posibles problemas en el plano internacional, en el que el derecho interno no constituye en principio más que una cuestión de hecho. Por lo que se refiere al catálogo de fuentes del derecho aplicables en virtud del estatuto del tribunal, podría haber dos formas de resolver esa dificultad.

105. La primera consistiría en referirse directamente al «derecho interno», siguiendo el ejemplo de cierto número de proyectos anteriores. Así, en el proyecto de estatuto revisado para una corte penal internacional preparado por la Comisión de las Naciones Unidas de Jurisdicción Penal Internacional de 1953 se encuentra esta fórmula, extremadamente sucinta:

La Corte aplicará el derecho internacional, inclusive el derecho penal internacional y, cuando sea procedente, el derecho nacional (art. 2)<sup>37</sup>.

106. Otra fórmula, quizá más elegante, introduce el derecho interno como condición suplementaria. Significa esto que el tribunal internacional no aplicaría más que las normas de derecho internacional, pero tendría que cerciorarse de que el crimen juzgado es también punible con arreglo al derecho nacional. Siguiendo ese criterio, el proyecto de convención para la creación de una corte penal internacional (Asamblea Internacional de Londres, 1943) estipula que:

Ningún acto podrá ser declarado delictivo si no ha sido calificado como tal por la ley del país del acusado o por la ley vigente en el lugar de residencia de éste en el momento de la comisión del acto, o por la ley vigente en el lugar donde el acto se haya perpetrado, a condición, en cada caso, de que tal ley esté en conformidad con los principios

<sup>35</sup> Al tratar de las cuestiones de derecho internacional que puedan suscitarse en el curso de un proceso (por ejemplo cuestiones de interpretación de tratados, determinación de la nacionalidad del acusado, etc.), habría que aplicar, por supuesto, las fuentes ordinarias del derecho internacional que se indican en el Artículo 38 del Estatuto de la CIJ.

<sup>36</sup> Reproducido en Naciones Unidas, *Historique du problème de la juridiction criminelle internationale*, memorándum del Secretario General (N.º de venta: 1949.V.8), pág. 120, anexo 10.

<sup>37</sup> Véase nota 9 *supra*.

generales de derecho penal reconocidos por las Naciones Unidas (art. 27, párr. 2)<sup>38</sup>.

Con arreglo a esa cláusula sólo indirectamente podría aplicarse el derecho interno.

107. En su décimo informe, el Relator Especial sugirió a este respecto una disposición con dos variantes sobre el derecho aplicable, disposición que, entre otras cosas, recurriría a la fórmula «cuando sea procedente», inspirada en el proyecto de estatuto de 1953, para permitir que el tribunal aplicara el derecho interno<sup>39</sup>. En el debate, esta propuesta suscitó reacciones bastante diversas. Se trata, por supuesto, de una cuestión que debe estudiarse más a fondo, pero, por las razones ya expuestas, quizá sea difícil resolver en la práctica los problemas de responsabilidad penal individual sin cierto tipo de reenvío al derecho interno aplicable.

### iii) *Procedimiento aplicable*

108. El estatuto del tribunal, o las normas que se promulguen con arreglo al mismo, debería especificar con el mayor detalle posible las normas procesales aplicables a los juicios. No obstante, quizá sea necesario que el tribunal regule su propio procedimiento en aquellos casos que no estén previstos en el estatuto o en las mencionadas normas, recurriendo para ello a los principios comunes a los códigos de procedimiento de los Estados partes. A este respecto no constituiría ningún obstáculo el principio *nullum crimen sine lege*, cuyo campo de aplicación se limita al derecho sustantivo.

### iv) *Conclusión*

109. No es fácil condensar en una fórmula breve todas estas consideraciones. En particular, una cláusula general del tenor del Artículo 38 del Estatuto de la CIJ no respondería en realidad a la complejidad de las cuestiones planteadas. En todo caso, no se puede prescindir de ninguna de las categorías de normas enumeradas en el Artículo 38. Pero, con objeto de completar las normas primarias contenidas en los tratados que definen la competencia del tribunal, quizá sea necesario añadir referencias a otras fuentes tales como el derecho interno, así como a las normas de rango secundario promulgadas por órganos de las organizaciones internacionales, en particular las Naciones Unidas.

#### b) *Penas que podrán imponerse*

110. Cuestiones similares se plantean en relación con las penas. Incluso la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio se limita a exigir que los Estados establezcan «sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio» (artículo V). Un tribunal internacional, que no disponga en su estatuto de una norma en la que se establezcan las penas adecuadas que han de aplicarse a nivel internacional, tendrá necesariamente que basar las sentencias que dicte

para condenar a las personas culpables en el derecho interno aplicable, o quizás en principios comunes a todas las naciones. Esta última fórmula plantea, incluso como último recurso, graves problemas, ya que la garantía de claridad y certidumbre de las leyes, que se refleja en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se aplica también a las penas (*nulla poena sine lege*). Quizás fuera conveniente, pues, introducir en el estatuto del tribunal, en relación con las penas, una disposición supletoria que pueda utilizarse en aquellos casos en que el derecho aplicable no establezca ninguna pena concreta, o en aquellos en que la pena establecida no sea de las que el tribunal pueda imponer en virtud del estatuto<sup>40</sup>.

### c) *Garantías procesales*

111. No son muchas las disquisiciones que requiere la explicación de la cuestión de las garantías procesales. La norma básica vigente es la que se refleja en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El artículo 8 del proyecto de código sigue más o menos literalmente ese modelo, y una norma análoga debería incluirse en el estatuto del tribunal.

## 6. PROCESAMIENTO Y CUESTIONES CONEXAS

112. En esta sección final del informe, el Grupo de Trabajo esboza algunas de las posibles soluciones a la cuestión general de cómo puede incoarse un proceso ante un tribunal penal internacional. Esta exposición parte de la base de que tal tribunal no juzgaría a los acusados en rebeldía. En este contexto hay que señalar que en el apartado *d* del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se hace referencia al derecho de una persona acusada «a hallarse presente en el proceso». En el caso de un tribunal penal internacional, el requisito de que el acusado esté en poder del tribunal en el momento del juicio es también importante porque de lo contrario ese juicio puede carecer por completo de eficacia. Partiendo de este supuesto se examinan las siguientes cuestiones:

- a) El modo de inculpación formal;
- b) La incoación del proceso penal;
- c) El modo de hacer comparecer a los acusados ante un tribunal;
- d) La asistencia judicial internacional en relación con el proceso ante un tribunal;
- e) La ejecución de las sentencias;
- f) La relación entre un tribunal y el régimen de extradición vigente.

113. Cabe señalar que en el tiempo disponible el Grupo de Trabajo no ha podido examinar estas cuestiones con mucho detalle; en consecuencia, el contenido de esta sección del informe es de carácter provisional y ex-

<sup>38</sup> Naciones Unidas, *Historique...* (véase nota 36 *supra*), pág. 105, anexo 9, secc. B.

<sup>39</sup> Para los textos propuestos por el Relator Especial, véase *Anuario...* 1992, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/442, secc. A. Para un resumen de los debates sobre esta cuestión, véase cap. II *supra*, párrs. 68 a 80.

<sup>40</sup> La cuestión de las penas fue examinada por el Relator Especial en su noveno informe, en el contexto de una disposición penal apropiada en el proyecto de código. Véase *Anuario...* 1991, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/435 y Add.1, párrs. 4 a 34; en lo concerniente a las conclusiones de la Comisión al respecto, véase *Anuario...* 1991, vol. II (segunda parte), párrs. 67 a 105 y 171.

ploratorio. Será necesario examinar más a fondo las cuestiones si se decide que la Comisión proceda a redactar un estatuto para un tribunal.

a) *El modo de inculpación formal*

114. Para tratar de estas cuestiones se han hecho varias propuestas totalmente diferentes en anteriores proyectos relativos a un tribunal penal internacional<sup>41</sup>. Las cuestiones se han examinado también en los informes del Relator Especial<sup>42</sup>. Existen fundamentalmente tres opciones: un Estado querellante que actúe como ministerio fiscal; una fiscalía permanente independiente; y un fiscal independiente nombrado para el asunto. En el caso de las opciones segunda y tercera quizá podría nombrarse un grupo de colaboradores de la fiscalía.

115. La primera opción tiene la ventaja de contribuir a garantizar una acusación penal firme y vigorosa y también permite aplicar en el proceso ante el tribunal la ley y el procedimiento del Estado acusador. Sin embargo, es posible que muchos Estados más pequeños que tienen derecho a incoar un proceso interponiendo una querrela ante el tribunal deseen distanciarse en cierta medida del proceso y, por consiguiente, no estén interesados en actuar de acusadores.

116. Dado que el Grupo de Trabajo no apoya el establecimiento de un tribunal permanente, puede resultar inconsecuente establecer una fiscalía permanente, aunque es concebible que exista tal órgano junto a un tribunal constituido para el caso. Pero es dudoso que un fiscal permanente tenga suficiente trabajo para justificar ese cargo, al menos en la primera fase del establecimiento del tribunal.

117. Por estas razones se recomienda un sistema de fiscalía independiente creado para el caso en virtud del cual con ocasión de un proceso se nombre un fiscal con arreglo a unos criterios acordados. Habrá que examinar detenidamente la forma de determinar quién ha de ser el fiscal, en cada caso. Una posibilidad sería que el tribunal nombrase un fiscal, previa consulta con el Estado que interponga la querrela y con cualquier otro Estado interesado. En el caso de querrela por agresión, por ejemplo, el fiscal podría ser designado por el Consejo de Seguridad.

b) *La incoación del proceso penal*

118. Las funciones del fiscal comprenderían la investigación, reunión y aportación al proceso de todas las pruebas necesarias, la preparación de la acusación formal y la actuación como acusador en el proceso penal.

119. Dado que el fiscal tendría que tener necesariamente discrecionalidad en lo que se refiere a instar la instrucción de diligencias penales, tal vez sea necesario dar a los Estados interesados el derecho de apelar ante el tribunal contra una decisión de no hacerlo. Esto contribuiría a garantizar a esos Estados el examen detenido e imparcial de sus querrelas y permitiría cumplir el prin-

cipio de que no debe conferirse a una sola persona una excesiva discrecionalidad en un sistema judicial internacional.

120. En muchos de los anteriores proyectos relativos a un tribunal penal internacional se había previsto una investigación preliminar oficial en la que se debía apreciar la suficiencia de las pruebas contra el acusado. Si se adopta un sistema de persecución procesal penal a instancia de un Estado parte (es decir sin una fiscalía independiente), habrá sólidas razones para efectuar una instrucción preparatoria, quizá ante una sala de composición restringida del tribunal. Por el contrario, si se designa un fiscal independiente, el Grupo de Trabajo se inclina a pensar que no habrá necesidad de una fase de instrucción oficial preparatoria. El tribunal tendrá potestad para desestimar durante el proceso las acusaciones ligeras o infundadas.

121. En lo que respecta a la incoación de un proceso mediante querrela, será necesario identificar al funcionario o al órgano ante el que habrá de interponerse la querrela y que puede ser el presidente del tribunal o el secretario. Esa querrela será un elemento desencadenante en relación con una posible instrucción de diligencias penales. Evidentemente, de no existir una fiscalía permanente independiente no podrá preverse que se sometan asuntos al tribunal si no es mediante querrela de un Estado parte (o del Consejo de Seguridad en el caso de una querrela por agresión). El Grupo de Trabajo no cree que en la primera fase de funcionamiento del tribunal sea necesario conferir a un órgano independiente la potestad de ejercitar la acción penal, aunque a largo plazo ese órgano sería, como mínimo, conveniente.

122. Se trata de saber si la facultad de querellarse debe estar limitada al Estado cuyo consentimiento sea requisito previo para que el tribunal ejercite su competencia en el asunto de que se trate<sup>43</sup>. Ciertamente, esos Estados deben tener derecho a interponer una querrela, pero, en opinión del Grupo de Trabajo, el derecho a interponer querrela debe hacerse extensivo a todo Estado parte que haya aceptado la competencia del tribunal con respecto a la infracción penal de que se trate (incluido, pero no exclusivamente, el Estado víctima). También hay que pensar en dar al Estado víctima parte en el estatuto del tribunal la posibilidad de incoar un proceso penal mediante querrela, aunque ese Estado no haya aceptado la competencia del tribunal con respecto a la infracción.

123. Entre los Estados que podrían tener derecho a interponer una querrela figura el Estado que tiene bajo su custodia al imputado y que tendría competencia, en virtud del tratado aplicable, para hacer juzgar por sus propios tribunales a la persona acusada de la infracción. También en este caso hay buenas razones para que intervenga ese Estado, puesto que el planteamiento general adoptado por el Grupo de Trabajo es considerar el tribunal como un instrumento al servicio de los Estados (véase párr. 42 *supra*) y que la cooperación de ese Estado sería por fuerza necesaria para poder instruir un proceso penal.

<sup>41</sup> En el apéndice al presente informe figura un resumen de propuestas anteriores.

<sup>42</sup> Véase, en particular, *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/435 y Add.1, párrs. 56 a 59.

<sup>43</sup> La determinación de los Estados cuyo consentimiento debería ser necesario se ha examinado en párrs. 60 a 66 *supra*.

124. Si la facultad para interponer una querrela se reconoce a Estados distintos de aquellos cuyo consentimiento se requiere para que el tribunal tenga atribuida competencia, será preciso instituir algún procedimiento preliminar para cerciorarse de que se han dado o se darán los consentimientos necesarios antes de adoptar otras disposiciones. Esto sería una función de la secretaría. Siempre que las reglas de competencia sean claras, esa función no debería plantear grandes dificultades, pero podría facultarse al tribunal para resolver las dificultades o las incertidumbres mediante algún tipo de procedimiento a puerta cerrada en el que estuvieran representados los Estados interesados.

125. La querrela, una vez interpuesta, será examinada por un fiscal independiente nombrado para el caso. El fiscal, cuando sea procedente, formalizará un escrito de acusación imputando al presunto autor la comisión de un crimen determinado que esté comprendido en la esfera de competencia *ratione materiae* y *ratione personae* del tribunal.

c) *El modo de hacer comparecer a los acusados ante el tribunal*

126. Como el tribunal no juzgará a un acusado en rebeldía (véase párr. 112 *supra*), será preciso, en los casos en que el acusado no se encuentre bajo la custodia del Estado que ha interpuesto la querrela, adoptar medidas para hacer comparecer a esa persona ante el tribunal. La naturaleza de esas medidas será inevitablemente diferente según que el acusado se encuentre en un Estado parte en el estatuto que haya aceptado la competencia del tribunal con respecto a la infracción, o que no la haya aceptado, o si se encuentra en un tercer Estado. El presente análisis tiene sólo carácter preliminar y, cuando se proceda a elaborar un proyecto de estatuto, será preciso examinar más a fondo cada uno de esos dos supuestos, teniendo en cuenta las directrices que haya dado la Asamblea General con respecto a las diversas cuestiones planteadas.

127. En su décimo informe, el Relator Especial recomendó que el estatuto del tribunal estableciese que la entrega del acusado al tribunal no se considerase como un caso de extradición<sup>44</sup>, partiendo del principio de que, como el Estado que procedía a la entrega era parte en el estatuto, el tribunal internacional no podía equipararse a un tribunal extranjero, sino que debía considerarse a tal efecto como si fuera un tribunal de ese Estado. Este planteamiento es atractivo puesto que facilitaría que se reconociese al tribunal competencia respecto del acusado de la forma más sencilla y directa posible. También permitiría evitar que hubiera que incluir disposiciones relativas a la cuestión de la extradición.

128. Este criterio fue adoptado anteriormente en el proyecto de convención para la creación de una corte penal internacional (Asamblea Internacional de Londres, 1943)<sup>45</sup> e implícitamente en el proyecto de estatuto revisado para una corte penal internacional, preparado en

1973 por la Comisión de Jurisdicción Penal Internacional de las Naciones Unidas<sup>46</sup>.

129. Pero ese planteamiento presenta dificultades, al menos para algunos países, por dos clases de razones. La primera se refiere al problema de garantizar los derechos fundamentales que están protegidos, por ejemplo, por acuerdos de extradición tipo. Aunque el tribunal internacional quizás no sea un tribunal extranjero, por lo menos con respecto a las partes en su estatuto, tampoco sería un tribunal interno de un Estado. Así pues, las disposiciones que podrían ser apropiadas para la remisión o traslado de causas o la entrega de personas en el marco de un sistema jurisdiccional único no lo serían necesariamente en el caso de un tribunal internacional. Además, lo que importa ante todo es ganar y conservar la confianza de los Estados en un tribunal. Para ello habría que demostrar que las garantías tipo establecidas en los tratados de extradición se cumplen, de una forma u otra, en relación con el tribunal.

130. En caso de una demanda de extradición, el Estado requerido generalmente ha de poder cerciorarse de los siguientes extremos: *a*) que se trata de un hecho punible (principio de la doble incriminación); *b*) que no hay razón fundada para creer que la demanda de extradición ha sido formulada con objeto de castigar a una persona por motivos de raza, religión, nacionalidad, opinión política, sexo o condición social; *c*) que la extradición no violará el principio de la cosa juzgada; *d*) que el interesado no goza de inmunidad de persecución en el fuero penal por el motivo que sea (por ejemplo prescripción, amnistía); *e*) que la persona sólo será acusada de la infracción por la que se concede la extradición (principio de especialidad); y *f*) si el acusado ha sido juzgado ya en rebeldía, que se señaló un plazo suficiente para la apertura del juicio oral y se han respetado los derechos mínimos de defensa.

131. En el caso de un tribunal penal internacional como el previsto, los requisitos enunciados en los puntos *a* y *e* no serían pertinentes, porque el interesado será acusado de uno o varios crímenes específicos comprendidos en la esfera de competencia del tribunal por ser crímenes tipificados en tratados en vigor. Tampoco será pertinente el requisito *f*, puesto que el tribunal no estará facultado para juzgar al acusado en rebeldía (véase párr. 112 *supra*). Siempre que se incorpore al estatuto del tribunal una norma satisfactoria sobre el principio de la cosa juzgada, el requisito enunciado en el punto *c* probablemente no creará ningún problema. En cuanto a los requisitos enunciados en los puntos *b* y *d*, cabe muy bien dejarlos a la apreciación del Estado requerido sin desvirtuar por ello la idea de que los Estados partes en el estatuto prestarán mutuamente su apoyo al tribunal.

132. La segunda dificultad es que, en determinados Estados, quizás fuera difícil y hasta imposible constitucionalmente considerar un tribunal internacional como tribunal interno o tratar de equiparar a ambos, simplemente porque no se respetarían los requisitos constitucionales del país. Antes que correr el riesgo de complicar el problema incluyendo en el estatuto una disposición en

<sup>44</sup> Véase la versión A del proyecto de posible disposición en *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/442, secc. E.

<sup>45</sup> Véase nota 38 *supra*.

<sup>46</sup> Véase nota 9 *supra*.

ese sentido, parece que sería mejor considerar a estos efectos el tribunal como órgano *sui generis*, es decir, ni tribunal extranjero ni tribunal nacional, y resolver los problemas particulares de traslado o entrega según las circunstancias de cada caso.

133. En otras palabras, será necesario al parecer incorporar al estatuto de un tribunal disposiciones que enuncien los requisitos mínimos para la entrega. Por lo que respecta a las partes en el estatuto, esas disposiciones podrían incluirse en un anexo o en un acuerdo conexo, que obligarían *ipso facto* a esos Estados. Por lo que respecta a los terceros, cabe que hubiera que enunciar esos requisitos mínimos en un instrumento en cierto modo equivalente a un acuerdo de extradición o mediante un acuerdo relativo al asunto de que se trate. También podría alentarse a las partes en el estatuto a que previeran en sus propios tratados bilaterales de extradición la entrega de los acusados al tribunal.

134. Las disposiciones relativas a la entrega al tribunal que se incluyeran en un anexo podrían redactarse en términos positivos o negativos, o en la forma tradicional «mixta»:

a) Si se hace en términos positivos, habrá que enumerar los motivos de la entrega, con exclusión de la totalidad o la mayoría de los motivos para denegarla, puesto que se habrán incorporado al estatuto mismo garantías de procedimiento adecuadas.

b) Si se redacta en términos negativos, será posible limitarse a enunciar una obligación general de contribuir a la entrega de los acusados, acompañada de una lista de los motivos que no podrían aducirse para denegar la entrega. Esa lista de motivos inaceptables comprendería el hecho de que el Estado requerido considerara la infracción penal por la que se solicita la entrega como una infracción de carácter político; y la nacionalidad de la persona cuya entrega se solicita. Este es esencialmente el método adoptado en el proyecto de convención de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de un tribunal penal internacional para la represión y el castigo del crimen de *apartheid* y de otros crímenes internacionales<sup>47</sup>.

c) Por último, sería posible, y quizás fuese prudente, elaborar disposiciones tipo similares a las disposiciones en materia de extradición e incluir en ellas una lista (como en el apartado *b supra*) de los motivos de denegación que quedan expresamente excluidos.

135. Los medios por los cuales podría solicitarse la entrega dependerán en parte de la naturaleza de las disposiciones sobre el modo de ejercitar la acusación penal. Por lo menos, tal solicitud debe proceder de una autoridad expresamente designada en el estatuto, debe hacerse por escrito, debe contener una descripción lo más exacta posible de la persona buscada y debe especificar la infracción penal y los indicios de su existencia, que deben ser suficientes a primera vista para justificar el procesamiento del imputado. El Estado requerido estaría facultado para disponer la detención preventiva del imputado hasta la conclusión del proceso de entrega, y, de ser necesario, obligado a ello.

tado hasta la conclusión del proceso de entrega, y, de ser necesario, obligado a ello.

d) *La asistencia judicial internacional en relación con las actuaciones ante el tribunal*

136. Normalmente, en la preparación, investigación y sustanciación de una causa criminal con elementos transnacionales se requiere una asistencia mutua entre los Estados que facilite las actuaciones judiciales. Existe por eso entre muchos Estados una red de acuerdos y tratados de asistencia mutua, ya sean de carácter bilateral, regional o multilateral. En general, se prefiere la expresión «asistencia mutua» o «asistencia jurídica mutua» a la de «asistencia judicial», dado que la asistencia puede extenderse a cuestiones distintas de las puramente judiciales. Ahora bien, en el caso de un tribunal penal internacional, la asistencia sería, en realidad, sólo en beneficio de éste, y no recíproca, y estaría siempre relacionada con las actuaciones, en curso o previstas, del propio tribunal. Por eso se utiliza aquí la expresión «asistencia judicial internacional».

137. Si para la sustanciación de una causa penal se necesita un régimen de asistencia jurídica mutua entre los Estados, esa necesidad es todavía mayor en el caso de un nuevo órgano judicial internacional como el que aquí se prevé. Aparte de su novedad, el tribunal carecerá de muchos de los elementos que se encuentran en los sistemas de justicia penal de los Estados, elementos entre los cuales figura —y no en último lugar— el mecanismo institucional que facilita la prestación mutua de asistencia entre ellos.

138. La asistencia que necesitará el tribunal de los Estados que sean partes en su estatuto abarcará cuestiones tales como las siguientes: a) averiguación del paradero de las personas de que se trate y de su dirección; b) toma de declaración de testigos o de otras personas ya sea en el Estado requerido, ya en otro lugar; c) la presentación o conservación de documentos judiciales o de otra índole, expedientes o elementos de prueba; d) la notificación de documentos judiciales o administrativos; y e) la legalización de documentos. Es posible que ese tipo de asistencia haya de solicitarse también de Estados que no sean partes en el estatuto, si bien es evidente que en ese caso la tramitación de la asistencia se hará sobre distintas bases y es posible que caso por caso.

139. Para la prestación de la asistencia judicial internacional cabe pensar en tres soluciones posibles: la inclusión en el estatuto de una disposición de carácter general que establezca esa prestación; una disposición general, complementada con una lista no exhaustiva de cuestiones acerca de las cuales pueda solicitarse asistencia; y un tratado completo sobre asistencia judicial, como anexo del estatuto del tribunal.

140. La primera solución es general y exige simplemente la inclusión en el estatuto del tribunal de una disposición semejante a los artículos que acerca de este asunto se encuentran en la mayoría de las convenciones internacionales que tratan de la represión de un delito determinado. Así por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 11 del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la

<sup>47</sup> Véase «Estudio sobre las medidas necesarias para aplicar los instrumentos internacionales tales como la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, incluido el establecimiento de la jurisdicción internacional prevista en dicha Convención», documento E/CN.4/1426.

seguridad de la aviación civil (Convenio de Montreal) dispone lo siguiente:

#### Artículo 11

1. Los Estados contratantes se prestarán la mayor ayuda posible por lo que respecta a todo proceso penal relativo a los delitos. En todos los casos, la ley aplicable para la ejecución de una petición de ayuda será la ley del Estado requerido.

141. Tiene esta fórmula la virtud de su sencillez y de su generalidad, ya que la obligación que impone consiste simplemente en prestar al tribunal «la mayor ayuda posible», sin especificar los distintos tipos de asistencia. De ese modo podría el tribunal solicitar de un Estado parte cualquier tipo de asistencia siempre que ésta esté relacionada con un proceso penal relativo a los crímenes comprendidos en la esfera de competencia del tribunal. El término «proceso» no se limita al juicio propiamente dicho. La interpretación más plausible es la de que, habida cuenta de la generalidad de la expresión «por lo que respecta a», comprenderá asimismo la fase de instrucción preparatoria previa a la apertura del juicio. Y de este modo se ha interpretado en la práctica el Convenio de Montreal. No obstante, si hubiera alguna duda acerca de la cuestión, siempre cabría modificar esa fórmula de modo que dijera: «por lo que respecta a la instrucción preparatoria y las actuaciones practicadas en relación con crímenes comprendidos dentro de la esfera de competencia del tribunal».

142. Otra ventaja de esta fórmula general es la de que con ella se evita la necesidad de enumerar los tipos de asistencia que pueden solicitarse, así como el establecimiento de normas sobre la concesión de dicha asistencia, con inclusión de cuestiones tan difíciles como la de los casos en que ésta puede ser denegada.

143. El mayor inconveniente de una fórmula tan general y sencilla es el riesgo de que su falta de detalle y su carácter categórico puedan ser explotados por un Estado que, habiendo recibido una solicitud de asistencia, no esté dispuesto a cooperar con el tribunal. Así podría suceder con arreglo a la fórmula del Convenio de Montreal, que en su segunda frase declara aplicable la ley del Estado requerido a todas las cuestiones relacionadas con la petición de ayuda. De ese modo podría el Estado de que se trate negarse a la solicitud formulada fundándose en que sus leyes no prevén la concesión de ese tipo de asistencia, o incluso en que, aun previéndola, imponen para su concesión una condición determinada que no se cumple en el caso concreto. Por otra parte, aunque es cierto que en un sistema de asistencia mutua basado en un tratado tiene prioridad la ley del Estado del que se solicita la asistencia de que se trate, serán inevitablemente las disposiciones del tratado las que determinen el modo de aplicación de esa ley.

144. La segunda solución consistiría en completar la disposición de carácter general (del tenor de la del artículo 11 del Convenio de Montreal) con una lista no exhaustiva de las cuestiones acerca de las cuales podrá recabarse asistencia de los Estados partes y, posible- mente —aunque a este respecto no podría imponerse obligación alguna—, de los Estados no partes. Esa lista podría consistir en una enumeración de materias concretas, con la adición de una fórmula como la siguiente:

«cualquier otra cuestión que acuerden el tribunal y un Estado parte».

145. Aunque este método garantizaría el acuerdo entre el tribunal y los Estados partes sobre ciertas cuestiones determinadas acerca de las cuales podría recabarse asistencia, tiene la misma desventaja que la primera de prever una aplicación sin condiciones del derecho del Estado requerido.

146. La tercera solución es la más difícil de redactar pero quizás sea la preferible, en todo caso a largo plazo. Supondría la aprobación de un tratado de asistencia mutua entre los Estados partes en el estatuto, al que podría incorporarse, ya en forma de anexo, ya de protocolo. No es objeto del presente informe entrar en los detalles del contenido de ese tratado, pero sí pueden hacerse, en cambio, algunas observaciones sobre los problemas a que podría dar lugar su elaboración.

147. En primer lugar, en el tratado se determinarían las cuestiones acerca de las cuales podría solicitarse asistencia. Podría para ello utilizarse una fórmula como la siguiente:

«La asistencia podrá versar, entre otras cosas, sobre:

»a) La averiguación del paradero de las personas de que se trate y de su dirección;

»b) La toma de declaración de testigos o de otras personas, ya en el Estado requerido, ya en la sede del tribunal;

»c) La presentación o conservación de documentos judiciales o de otra índole, expedientes o elementos de prueba;

»d) La notificación de documentos judiciales y administrativos;

»e) La legalización de documentos.»

148. La utilidad mayor de ese tratado o protocolo sería, sin embargo, que en él se determinarían las limitaciones aplicables a la prestación de asistencia y, en particular, las posibles excusas para su denegación. Por ejemplo, en los tratados de asistencia mutua se encuentra por lo general una disposición que prevé su no aplicabilidad a los delitos militares y, algunas veces, a los delitos políticos. Esa disposición sería evidentemente inadecuada en el presente contexto.

149. La cuestión más difícil sería la de determinar las circunstancias en que el Estado requerido puede denegar la asistencia, es decir, las circunstancias en que dicho Estado puede, discrecionalmente, otorgar o no otorgar la asistencia que se le pide.

150. En los tratados bilaterales normales de asistencia mutua se encuentran, entre los motivos por los que el Estado requerido puede denegar la asistencia: a) que la persona a la que se refiera la solicitud haya sido ya condenada o absuelta por sentencia definitiva de un tribunal en el Estado al que se pide asistencia; b) que ese Estado estime que la prestación de la asistencia requerida puede ir en menoscabo de su soberanía, su seguridad u otros intereses esenciales análogos. Es indudable que la primera disposición podría ser oportuna (aunque es de esperar que la disposición del estatuto relativa a la autoridad de cosa juzgada se redacte de forma tal que no se plantee el problema). La segunda disposición, en cambio, sería me-

nos adecuada habida cuenta de los fines que se asignen al tribunal y de la competencia que éste probablemente tendrá atribuida. Si se requiere alguna «válvula de seguridad» que permita la denegación de asistencia judicial, sus bases deben ser mucho más limitadas (por ejemplo la seguridad del Estado interesado).

151. Los tratados de asistencia mutua incluyen muchas veces otras cuestiones en relación con las cuales el Estado del que se requiera asistencia se reserva el derecho a no concederla. Sería, sin embargo, necesario limitar esas cuestiones al mínimo.

152. Otras disposiciones del tratado podrían referirse a:

a) La designación de una autoridad central del Estado requerido y de un funcionario del tribunal (quizá el secretario o un fiscal) a quien se dirijan y quien formule las solicitudes de asistencia;

b) La ejecución de la solicitud de asistencia y la ley aplicable en esta materia. En términos generales, la ley aplicable será la del Estado requerido, puesto que las autoridades de ese Estado tendrán que adoptar al respecto medidas diversas, algunas de carácter jurídico. No obstante, el tratado o protocolo podría prever un método concreto para la ejecución de la solicitud, método que se incorporaría a la legislación del Estado requerido en razón de su adhesión al estatuto o de la adopción de una disposición legal sobre su aplicación;

c) El contenido de la solicitud;

d) Las circunstancias en que cualquier persona que se halle detenida en el Estado requerido puede comparecer como testigo ante el tribunal;

e) Las costas;

f) El carácter confidencial de la información que acompañe a la solicitud y de la información que se facilite en respuesta a ella;

g) Si habrá disposiciones que regulen la obligación de declarar en el Estado requerido o ante el tribunal, es decir, si un testigo podrá ser obligado a hacer declaraciones testificales que, con arreglo a las leyes del Estado requerido, hubiera tenido derecho a negarse a hacer. Es evidente, sin embargo, que el procedimiento judicial respetará la garantía que, en relación con la autoacusación, figura en el apartado g del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y que eso reducirá, si no los elimina totalmente, tales problemas;

h) El idioma en que habrán de redactarse las solicitudes;

i) Los garantías de salvoconducto o inmunidad de persecución penal de las personas que, con arreglo al tratado, presten testimonio ante el tribunal.

153. En relación con algunas de estas cuestiones (por ejemplo las que se especifican en los apartados d, f e i del párrafo precedente) habrá que establecer la debida concordancia entre las disposiciones del tratado o protocolo y las medidas que se adopten para la ubicación de la sede del tribunal en un país huésped. Por eso, es posible que la mejor solución para la asistencia judicial internacional, en la primera fase de la existencia del tribunal, sea la segunda de las examinadas (véanse párrs. 144 y 145 *supra*) en el entendimiento de que, una vez que se

hayan concertado y aplicado las disposiciones administrativas relativas al tribunal, se examinará la tercera.

#### e) La ejecución de las sentencias

154. La cuestión central es saber quién o quiénes han de encargarse de aplicar las sentencias y de vigilar su ejecución. En principio, la vigilancia de la ejecución de las sentencias debería incumbir al propio tribunal. Podría suscitarse, sin embargo, una dificultad si el tribunal no es un órgano permanente, y en todo caso habría que adoptar disposiciones, quizás en relación con el estatuto, para la eventual presentación en el tribunal de solicitudes de modificación de las condiciones de la pena (por ejemplo para la concesión de la libertad condicional o la liberación por motivos humanitarios, cuando proceda). De todas maneras, en el estatuto habría que dejar constancia de que los Estados partes deberán hacer cuanto esté en su poder para asistir al tribunal en la ejecución de las sentencias, con inclusión de la aprehensión de los bienes relacionados con el crimen que sean objeto de confiscación.

155. La forma más corriente de condena será la de privación de libertad, que suscita inmediatamente la cuestión del lugar en que habrá de cumplirse. La solución más obvia sería que dichas condenas se cumplieran en los establecimientos penitenciarios del Estado querellante, en condiciones que no sean menos favorables para el recluso que las previstas en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos<sup>48</sup>.

156. Es posible que a los Estados más pequeños les parezca que esa disposición aplazaría simplemente hasta la fase de ejecución de las sentencias los propios problemas que les han inducido a recurrir a un tribunal penal internacional. Otras soluciones serían que las condenas se cumplieran en los establecimientos penitenciarios de otro Estado parte o en un establecimiento que el Estado huésped estuviera dispuesto a destinar a ese fin. Pero la idea de establecer una prisión específicamente internacional es discutible porque sería costosa y no estaría justificada por el número de reclusos.

157. Otra cuestión es la de si, incluso en el caso de que el tribunal no tenga su propio establecimiento penitenciario, no debería mantener un personal que supervisara la ejecución de las sentencias, una especie de comisión internacional de vigilancia que podría ser un órgano muy reducido. Otra posibilidad sería atribuir todo el proceso de ejecución de la pena a determinado Estado, por ejemplo a aquel que haya iniciado el proceso ante el tribunal. Pero una vez más hay que tener en cuenta que ciertos Estados apoyan la creación de un tribunal penal internacional por el deseo de distanciarse de la infracción penal, del autor de ésta o del proceso penal, y es dudoso que aceptaran esa solución.

<sup>48</sup> Véase Naciones Unidas, *Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, Ginebra, 22 de agosto-3 de septiembre de 1955.—Informe de la Secretaría (N.º de venta: 1956.IV.4), anexo I, págs. 73 a 79.

f) *La relación entre un tribunal y el régimen de extradición vigente*

158. Las cuestiones planteadas en este epígrafe se refieren al derecho de los Estados partes en tratados de extradición que adoptan el criterio *aut dedere aut iudicare* a pedir la extradición y, como posibilidad alternativa, a someter al imputado a las autoridades competentes para su procesamiento. Para dar un ejemplo, el artículo 7 del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil dispone lo siguiente:

*Artículo 7*

El Estado contratante en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente, si no procede a la extradición del mismo, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio. [...]

159. Esta disposición se ha de leer juntamente con el artículo 5, que dispone que cada Estado contratante:

[...] tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre [el delito de que se trate]... en el caso de que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición, conforme al Artículo 8 [...].

160. Con respecto a esas disposiciones se plantean dos cuestiones: primera, cuál es su relación con la competencia del tribunal penal internacional sugerido; segunda, cómo deben abordarse las demandas múltiples de extradición.

161. Con arreglo al planteamiento adoptado en el presente informe, un tribunal penal internacional vendría a completar el actual conjunto de órganos jurisdiccionales nacionales. Entre los Estados partes en el estatuto del tribunal podría establecerse un sistema de entrega de los imputados que sería complementario del régimen existente —de opción entre juzgar o conceder la extradición— en lo que respecta a las infracciones penales comprendidas dentro de la esfera de competencia del tribunal internacional. Es decir, los Estados partes que hubieran aceptado la competencia del tribunal con respecto a una determinada infracción penal aceptarían que el tribunal fuese una tercera posibilidad válida respecto de las otras dos opciones: la extradición o el enjuiciamiento por sus propios tribunales. El estatuto podría ir más allá y disponer que un Estado que hubiera aceptado la competencia del tribunal con respecto a una infracción penal podría ser obligado a entregar a un imputado al tribunal a petición de otro Estado parte que hubiese aceptado la misma obligación. A menos que la Asamblea General in-

dique una preferencia en contrario, el Grupo de Trabajo se inclinaría a recomendar esa disposición.

162. Por otra parte, parece evidente que los Estados partes en el estatuto que no hubiesen aceptado la competencia de un tribunal internacional con respecto a una infracción penal no podrían imponer el enjuiciamiento del autor ante el tribunal, y es posible que convenga, con respecto a esos Estados, dejar que los mecanismos de extradición existentes funcionen según las modalidades establecidas en esos acuerdos. Ciertamente esta debe ser la posición con respecto a los Estados que no sean partes en el estatuto. Así pues, esos Estados seguirían teniendo libertad para insistir en la aplicación del régimen de persecución procesal penal o extradición como en la actualidad, aunque conservarían la opción de aceptar con carácter especial la competencia del tribunal internacional en un caso particular. Para evitar dificultades debe preverse que ese consentimiento se ha de dar expresamente y por escrito.

163. En el caso de múltiples solicitudes de los Estados, en particular de las dimanantes de Estados que hayan aceptado la competencia de un tribunal internacional, o del tribunal mismo, es de suponer que el Estado requerido seguirá siendo libre, como ahora, de elegir la solicitud que desea aceptar. No obstante, sería posible modificar esta posición en lo que concierne a los Estados partes en el estatuto.

164. Por ejemplo, debe tomarse en consideración la formulación de directrices no obligatorias para ayudar a los Estados requeridos a elegir entre solicitudes múltiples y contradictorias<sup>49</sup>. Esas directrices no impondrían obligaciones al Estado requerido. Pero además de su utilidad intrínseca podrían prestar apoyo a un Estado que actuase de conformidad con ellas frente a un Estado con otras prioridades.

165. No es necesario estudiar con detalle en esta etapa el contenido de esas directrices, salvo para indicar que un Estado parte en el estatuto debe estar obligado, como mínimo, a tener «en cuenta especialmente» una solicitud de enjuiciamiento por el tribunal internacional dimanante de otro Estado parte.

<sup>49</sup> Véase el párrafo 2 del artículo 6 del proyecto de código, tal como fue aprobado provisionalmente en primera lectura [*Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 102], que dispone que «se tendrá en cuenta especialmente», en caso de presentación de varias solicitudes, la del Estado en cuyo territorio se haya cometido el crimen. Por supuesto, esa disposición no regula el orden de prioridad en lo que respecta a una solicitud de entrega del imputado a los efectos de enjuiciamiento por un tribunal penal internacional (véase párr. 3 del art. 6).

## Apéndice

## ALGUNOS SISTEMAS PROPUESTOS PARA LA INICIACIÓN DE OFICIO O A INSTANCIA DE PARTE DE UN PROCESO ANTE UN TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

1) Asociación de Derecho Internacional, proyecto de estatuto de la Corte Penal Internacional (1926) <sup>a</sup>	Sólo los Estados partes pueden actuar como acusadores (art 24) Para la notificación de las acusaciones se requiere la autorización de la Corte, la cual puede, por otra parte, rechazar toda reclamación que considere de escasa importancia, etc (art 25)
2) Asociación Internacional de Derecho Penal, proyecto de estatuto para la creación de una sala de lo penal de la Corte Internacional de Justicia (1928, revisado en 1946) <sup>b</sup>	Este proyecto de estatuto preve una instrucción preliminar que estará a cargo de los jueces del tribunal que se designen para ello (arts 16 y 17), la acción penal puede ser ejercitada por el Consejo de Seguridad o por cualquier Estado al que el Consejo de Seguridad haya concedido la autorización necesaria (art 20) Solo los Estados tienen derecho a presentar reclamaciones al Consejo de Seguridad (arts 21 y 22) El Consejo de Seguridad puede sostener la acusación mediante un representante designado al efecto o dejarla enteramente a cargo del Estado interesado (art 25)
3) Convención para la creación de una Corte Penal Internacional, Ginebra, 16 de noviembre de 1937 <sup>c</sup>	Los Estados Partes tienen la facultad de someter al acusado a la jurisdicción de la Corte en vez de hacerlo juzgar por sus propios tribunales (art 2) El Estado que haya sometido a un acusado a la jurisdicción de la Corte debe sostener la acusación a menos que el Estado contra el cual la infracción haya sido dirigida o, en su defecto, el Estado en cuyo territorio haya sido cometida, exprese el deseo de sustituirlo (párr 3 del art 25) Todo Estado facultado para someter un asunto a la Corte puede actuar ante ella (art 26)
4) Asamblea Internacional de Londres, proyecto de convención para la creación de una Corte Penal Internacional, 1943 <sup>d</sup>	Los Estados Partes pueden, en lugar de enjuiciar ante sus propios tribunales a un acusado, entregarlo para su procesamiento a la Corte (párr 1 del art 4) Todo Estado parte que sea víctima de un crimen de guerra, en sí o en alguno de sus nacionales, puede pedir al ministerio fiscal de la Corte que cite ante ésta al acusado (párr 2 del art. 4) El ministerio fiscal en la Corte es ejercido por el Fiscal General de las Naciones Unidas, elegido por la propia Corte (párr 1 del art 21), para determinados asuntos, los Estados partes interesados pueden designar a un funcionario para asistir como consejero al Fiscal General (párr 3 del art 21) Entre las funciones del Fiscal General figura la de instruir el proceso «en uso de su propia autoridad» (párr 1 f del art 22) Para el caso de los acusados cuyo juicio haya sido solicitado por un Estado parte con arreglo a lo previsto en el párrafo 2 del artículo 4, se establece un procedimiento de citación del acusado para que comparezca ante la Corte (art 31), con arreglo al cual el Fiscal General participa en el procedimiento y presenta su dictamen al respecto (párr 4 del art 31) Posteriormente, el Fiscal General sostiene la acusación (párr 6 del art 31) Los Estados pueden intervenir, incluso participando en el juicio oral (art 32)
5) Francia, proyecto de establecimiento de una jurisdicción penal internacional (1947) <sup>e</sup>	El proyecto francés preveía para los crímenes cometidos por los Estados un ministerio fiscal ( <i>parquet</i> ) encargado de incoar el proceso, en relación con el Consejo de Seguridad, si bien los Estados partes interesados tendrían asimismo una facultad (no definida) de iniciativa Para los crímenes no cometidos por los Estados se sugería la aplicación de la Convención de 1937 (vease punto 3 <i>supra</i> )
6) Secretario General de las Naciones Unidas, proyecto de convención sobre el delito de genocidio (1947) <sup>f</sup>	Anexo I <i>Institución de una Corte Penal Internacional Permanente para sancionar el delito de genocidio</i> Este texto se basa en gran parte en la Convención de 1937 (véase punto 3 <i>supra</i> ) Todo Estado puede solicitar el juicio por genocidio de cualquier persona a la que haya detenido en su territorio (párr 1 del art 2), si el Consejo Económico y Social o el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas estiman que el acusado puede ser puesto a disposición de la Corte, designará a las personas encargadas de mantener la acusación (párr 3 del art 2) Tanto el Consejo Económico y Social como el Consejo de Seguridad pueden retirar la acusación (art 25)

(Continuación en la página siguiente)

(Continuación del «Apéndice»)

Anexo II *Institución de una Corte Penal Internacional ad hoc para la sanción del delito de genocidio* El procedimiento judicial es esencialmente el mismo que en el anexo I

7) Francia, proyecto de convención sobre el delito de genocidio, presentado a la Sexta Comisión de la Asamblea General (1948)<sup>g</sup>

Con arreglo a este proyecto, la Corte Penal Internacional comprende un ministerio fiscal internacional (art 5), cuya composición se define en un anexo. Todas las denuncias se dirigen a ese ministerio fiscal, el cual, después de una investigación, puede incoar el proceso ante uno o más jueces-relatores (art 6)

8) Comisión de Jurisdicción Penal Internacional de las Naciones Unidas, informe de la Comisión y proyecto de estatuto revisado para una Corte Penal Internacional (1953)<sup>h</sup>

La Comisión rechazó el derecho de la Asamblea General o de otras organizaciones internacionales a entablar una acción. Examinó (sin llegar a ningún acuerdo) un sistema de selección de los asuntos con criterios políticos (párrs 110 a 113). Propuso un procedimiento de instrucción preliminar ante algunos miembros de la Corte (con arreglo al modelo belga) (párr 120). El acusado tendría derecho a ser oído en la instrucción preliminar pero no a presentar pruebas (párr 121). La sala de instrucción preliminar tendría facultades para ordenar nuevas investigaciones (párr 122). Se aprobó por un estrecho margen una propuesta belga para que se permitiera al Estado o Estados querellantes nombrar un fiscal (párrs 123 a 125). Debe hacerse notar que todas estas propuestas eran provisionales. La Comisión «no quiso que estas propuestas tuviesen carácter definitivo alguno» (párr 154). En el proyecto de estatuto revisado para una Corte Penal Internacional preparado por la Comisión, el artículo 29 trataba del acceso a la Corte (y contenía variantes de disposiciones sobre la selección de los asuntos con criterios políticos). El artículo 33 se refería, por su parte, a la sala de instrucción, y el artículo 34 a la función del fiscal. El artículo 43 facultaba a la Corte para decidir el sobreseimiento de la causa a petición del fiscal.

9) Fundación para el establecimiento de una Corte Penal Internacional y Comisión Internacional de Derecho Penal, proyecto de estatuto de un Tribunal Penal Internacional (Conferencia de Wingspread, septiembre de 1971, Bellagio, 1972)

En el proyecto de estatuto se preveía la designación de un procurador y un ministerio fiscal (art 16). Incumbiría a este último incoar el procedimiento (párr 1 del art 28), bajo la supervisión administrativa del procurador (*ibid*, párr 2). Este último sometería las causas al Tribunal Penal Internacional una vez que hubiesen sido aprobadas para ello por la Comisión de Investigación (art 29). Antes de dar su aprobación, la Comisión de Investigación celebraría una audiencia preliminar completa (art 30). El desistimiento por parte del ministerio fiscal exigía el consentimiento del Tribunal (párr 1 del art 39).

10) Proyecto de convención sobre el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional para la represión y el castigo del crimen de *apartheid* y otros crímenes internacionales (1981)<sup>i</sup>

Con arreglo al proyecto de convención era el propio tribunal el encargado de investigar y procesar (párr 1 del art 5). Las denuncias debían ser formuladas o iniciadas por la fiscalía (párr 1 del art 8), cuya División de Investigación determinarían en cada caso si la denuncia era «manifiestamente infundada» (*ibid*, párr 2), con la salvedad de que ninguna denuncia de un Estado parte o de un órgano de las Naciones Unidas se consideraría «manifiestamente infundada» (*ibid*, párr 3). Los demás Estados y las organizaciones intergubernamentales cuyas denuncias se calificasen de «manifiestamente infundadas» podrían apelar de esta decisión ante el propio Tribunal (*ibid*). Si el Tribunal decidía continuar el procedimiento, la «División de Acción Penal de la Fiscalía» se haría cargo de la tramitación ulterior (párr 5 del art 8). Un fiscal sometería el caso al tribunal, pero también el Estado parte o el órgano competente de las Naciones Unidas que hubieran sometido la denuncia tenían ciertos derechos independientes en caso de demora (*ibid*, párr 6). El proyecto de convención preveía la designación de una Fiscalía (el fiscal sería elegido por los Estados partes) (párr 2 del art 15).

11) Asociación de Derecho Internacional, proyecto de estatuto de un Tribunal Penal Internacional (París, 1984)<sup>j</sup>

Este proyecto de estatuto atribuía la iniciación del proceso a una Comisión Internacional de Investigación Penal, que actuaría sobre la base de las denuncias recibidas de los Estados partes que hubieran reconocido la competencia del Tribunal (art 24). Creaba, por otra parte, los cargos de fiscal (art 25) y fiscales adjuntos (art 26). Con arreglo al artículo 27, la Comisión Internacional de Investigación Penal procedería a un examen preliminar antes de pronunciarse sobre la incoación del proceso (art 31).

12) Comité de Expertos de Política Criminal Internacional para la Prevención y Control de la Criminalidad Transnacional e Internacional y para la Creación de un Tribunal Penal Internacional, proyecto de estatuto del Tribunal Penal Internacional (Octavo Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, La Habana, 1990)<sup>k</sup>

El artículo IV establecía una Fiscalía dirigida por un Fiscal. Por otra parte, con arreglo al párr. 1 del artículo XVIII no podría iniciarse proceso criminal alguno a menos que llegara una denuncia a conocimiento de la Fiscalía o que esta misma la originase; la División de Investigación de la Fiscalía determinaría si la denuncia era «manifiestamente infundada» (*ibid.*, párr. 2), pero ninguna denuncia efectuada por un Estado parte o por un órgano de las Naciones Unidas podría ser considerada «manifiestamente infundada» (*ibid.*, párr. 3).

Los demás Estados y organizaciones intergubernamentales cuyas denuncias fueran consideradas «manifiestamente infundadas» podrían apelar contra dicha decisión (*ibid.*). En caso de continuación del procedimiento, el Fiscal lo sometería al Tribunal, pero el Estado parte u órgano competente de las Naciones Unidas denunciantes tendrían ciertos derechos independientes en caso de demora (párr. 6 del art. XVIII). Con arreglo al artículo XIX, seguidamente se celebraría una investigación preliminar ante una sala del Tribunal. El Fiscal sería elegido por los Estados partes (art. XXV).

<sup>a</sup> Naciones Unidas, *Historique du problème de la juridiction criminelle internationale*, memorándum del Secretario General (N.º de venta: 1949.V.8), pág. 66, anexo 4.

<sup>b</sup> *Ibid.*, pág. 80, anexo 7.

<sup>c</sup> *Ibid.*, pág. 94, anexo 8.

<sup>d</sup> *Ibid.*, pág. 105, anexo 9, secc. B.

<sup>e</sup> *Ibid.*, pág. 126, anexo 11.

<sup>f</sup> *Ibid.*, pág. 128, anexo 12.

<sup>g</sup> *Ibid.*, pág. 151, anexo 15.

<sup>h</sup> Véase anexo, nota 9.

<sup>i</sup> Véase anexo, nota 47.

<sup>j</sup> ILA, *Report of the Sixty-first Conference, Paris, 26 August-1 September 1984*, Londres, 1985, pág. 257, apéndice A1.

<sup>k</sup> Véanse los documentos presentados al Congreso por el Instituto Internacional de Estudios Superiores de Ciencias Penales (documentos A/CONF.144/NGO 5 y 7).