



Naciones Unidas

Informe de la Comisión de Derecho Internacional

**69º período de sesiones
(1 de mayo a 2 de junio y 3 de julio
a 4 de agosto de 2017)**

Asamblea General

Documentos Oficiales

Septuagésimo segundo período de sesiones

Suplemento núm. 10 ([A/72/10](#))



Asamblea General
Documentos Oficiales
Septuagésimo segundo período de sesiones
Suplemento núm. 10 (A/72/10)

Informe de la Comisión de Derecho Internacional

**69º período de sesiones
(1 de mayo a 2 de junio y 3 de julio
a 4 de agosto de 2017)**



Naciones Unidas • Nueva York, 2017

Nota

Las firmas de los documentos de las Naciones Unidas se componen de letras mayúsculas y cifras. La mención de una de tales firmas indica que se hace referencia a un documento de las Naciones Unidas.

Las referencias al *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* se hacen mediante la palabra *Anuario* seguida de puntos suspensivos y el año (por ejemplo, *Anuario..., 1971*).

En la segunda parte del volumen II del *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2017*, se incluirá una versión tipografiada del informe de la Comisión.

Índice

<i>Capítulo</i>	<i>Página</i>
I. Introducción	1
II. Resumen de la labor de la Comisión en su 69º período de sesiones.....	5
III. Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones serían de particular interés para la Comisión	7
IV. Crímenes de lesa humanidad	9
V. Aplicación provisional de los tratados	138
VI. Protección de la atmósfera	159
VII. Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.....	176
VIII. Normas imperativas de derecho internacional general (<i>ius cogens</i>).....	207
IX. La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado	219
X. Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados	228
XI. Otras decisiones y conclusiones de la Comisión	230

Índice

<i>Capítulo</i>	<i>Página</i>
I. Introducción	1
A. Composición	1
B. Mesa de la Comisión y Mesa ampliada	2
C. Comité de Redacción	2
D. Grupos de Trabajo	3
E. Secretaría	4
F. Programa.....	4
II. Resumen de la labor de la Comisión en su 69º período de sesiones.....	5
III. Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones serían de particular interés para la Comisión	7
A. Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado	7
B. La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado.....	7
C. Nuevos temas.....	7
IV. Crímenes de lesa humanidad.....	9
A. Introducción.....	9
B. Examen del tema en el actual período de sesiones	9
C. Texto del proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad aprobado por la Comisión en primera lectura	10
1. Texto del proyecto de artículos	10
2. Texto del proyecto de artículos con sus comentarios	22
Comentario general	22
Preámbulo	23
Comentario.....	24
Artículo 1 Ámbito de aplicación	26
Comentario.....	26
Artículo 2 Obligación general	26
Comentario.....	26
Artículo 3 Definición de crímenes de lesa humanidad	30
Comentario.....	31
Artículo 4 Obligación de prevención.....	48
Comentario.....	48
Artículo 5 No devolución	59
Comentario.....	59
Artículo 6 Criminalización en el derecho nacional	63
Comentario.....	64
Artículo 7 Establecimiento de la competencia nacional.....	82
Comentario.....	82
Artículo 8 Investigación	85

	Comentario.....	85
Artículo 9	Medidas preliminares cuando el presunto infractor se encuentre en el territorio.....	87
	Comentario.....	88
Artículo 10	<i>Aut dedere aut iudicare</i>	89
	Comentario.....	89
Artículo 11	Trato justo del presunto infractor.....	95
	Comentario.....	95
Artículo 12	Víctimas, testigos y otras personas.....	98
	Comentario.....	99
Artículo 13	Extradición.....	106
	Comentario.....	107
Artículo 14	Asistencia judicial recíproca.....	117
	Comentario.....	118
Artículo 15	Arreglo de controversias.....	125
	Comentario.....	125
Anexo	128
	Comentario.....	131
V.	Aplicación provisional de los tratados.....	138
A.	Introducción.....	138
B.	Examen del tema en el actual período de sesiones.....	138
C.	Texto de los proyectos de directriz sobre la aplicación provisional de los tratados aprobados provisionalmente hasta el momento por la Comisión.....	139
1.	Texto de los proyectos de directriz.....	139
2.	Texto de los proyectos de directriz, con sus comentarios, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 69º período de sesiones.....	141
	Comentario general.....	141
Directriz 1	Ámbito de aplicación.....	142
	Comentario.....	142
Directriz 2	Objeto.....	143
	Comentario.....	143
Directriz 3	Regla general.....	144
	Comentario.....	144
Directriz 4	Forma del acuerdo.....	147
	Comentario.....	147
Directriz 5	Comienzo de la aplicación provisional.....	149
	Comentario.....	149
Directriz 6	Efectos jurídicos de la aplicación provisional.....	150
	Comentario.....	150
Directriz 7	Responsabilidad en caso de violación.....	151
	Comentario.....	151

Directriz 8	Terminación en el momento de la notificación de la intención de no llegar a ser parte	152
	Comentario.....	152
Directriz 9	Derecho interno de los Estados o reglas de las organizaciones internacionales y observancia de los tratados aplicados provisionalmente	154
	Comentario.....	154
Directriz 10	Disposiciones de derecho interno de los Estados o reglas de las organizaciones internacionales concernientes a la competencia para convenir en la aplicación provisional de los tratados	156
	Comentario.....	156
Directriz 11	Acuerdo relativo a la aplicación provisional con las limitaciones derivadas del derecho interno de los Estados o de las reglas de las organizaciones internacionales	157
	Comentario.....	157
VI.	Protección de la atmósfera	159
A.	Introducción.....	159
B.	Examen del tema en el actual período de sesiones	159
C.	Texto de los proyectos de directriz sobre la protección de la atmósfera, y de los párrafos del preámbulo, aprobados provisionalmente por la Comisión hasta el momento	160
1.	Texto de los proyectos de directriz y de los párrafos del preámbulo.....	160
2.	Texto de los proyectos de directriz y de los párrafos del preámbulo, con sus comentarios, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 69º período de sesiones	163
Preámbulo	163
Comentario.....	163	
Directriz 9	Interrelación entre las normas pertinentes.....	167
Comentario.....	168	
VII.	Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.....	176
A.	Introducción.....	176
B.	Examen del tema en el actual período de sesiones	177
1.	Presentación del quinto informe por la Relatora Especial.....	179
2.	Resumen del debate.....	181
a)	Comentarios generales.....	181
b)	Comentarios específicos sobre el proyecto de artículo 7.....	185
c)	Labor futura.....	187
3.	Observaciones finales de la Relatora Especial	187
C.	Texto de los proyectos de artículo sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado aprobados provisionalmente por la Comisión hasta el momento	189
1.	Texto de los proyectos de artículo.....	189
2.	Texto del proyecto de artículo, con su comentario, aprobado provisionalmente por la Comisión en su 69º período de sesiones.....	191

VIII.	Normas imperativas de derecho internacional general (<i>ius cogens</i>).....	207
A.	Introducción.....	207
B.	Examen del tema en el actual período de sesiones	207
1.	Presentación del segundo informe por el Relator Especial.....	209
2.	Resumen del debate.....	211
a)	Comentarios generales.....	211
b)	Comentarios específicos sobre los proyectos de conclusión	214
3.	Observaciones finales del Relator Especial.....	216
IX.	La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado	219
A.	Introducción.....	219
B.	Examen del tema en el actual período de sesiones	219
1.	Presentación del primer informe por el Relator Especial	219
2.	Resumen del debate.....	223
a)	Comentarios generales.....	223
b)	Comentarios específicos.....	224
c)	Forma final	226
d)	Programa de trabajo futuro	226
3.	Observaciones finales del Relator Especial.....	226
X.	Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados	228
A.	Introducción.....	228
B.	Examen del tema en el actual período de sesiones	228
XI.	Otras decisiones y conclusiones de la Comisión	230
A.	La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado.....	230
B.	Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión y su documentación	230
1.	Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo.....	230
2.	Programa de trabajo de la Comisión para el resto del quinquenio	230
a)	Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado	231
b)	Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados.....	231
c)	Aplicación provisional de los tratados.....	231
d)	Identificación del derecho internacional consuetudinario	231
e)	Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados.....	232
f)	Protección de la atmósfera.....	232
g)	Crímenes de lesa humanidad	232
h)	Normas imperativas de derecho internacional general (<i>ius cogens</i>).....	232
i)	La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado	233
3.	Examen de la resolución 71/148 de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 2016, sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional.....	233
4.	Celebración del 70º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional ...	235
5.	Honorarios.....	235

6.	Grupo de Trabajo sobre los métodos de trabajo de la Comisión	236
7.	Documentación y publicaciones	236
8.	<i>Anuario de la Comisión de Derecho Internacional</i>	237
9.	Asistencia de la División de Codificación.....	237
10.	Sitios web	238
11.	Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de las Naciones Unidas	238
C.	Fecha y lugar de celebración del 70º período de sesiones de la Comisión	238
D.	Cooperación con otros órganos.....	238
E.	Representación en el septuagésimo segundo período de sesiones de la Asamblea General...	239
F.	Seminario de Derecho Internacional.....	239
Anexos		
A.	Principios generales del derecho.....	242
B.	La prueba ante las cortes y tribunales internacionales	261

Capítulo I Introducción

1. La Comisión de Derecho Internacional celebró, en su sede de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, la primera parte de su 69º período de sesiones del 1 de mayo al 2 de junio de 2017 y la segunda parte del 3 de julio al 4 de agosto de 2017. Declaró abierto el período de sesiones el Sr. Gilberto Vergne Saboia, Segundo Vicepresidente de la Comisión en su 68º período de sesiones.

A. Composición

2. La Comisión está integrada por los siguientes miembros:

Sr. Ali Mohsen Fetais Al-Marri (Qatar)

Sr. Carlos J. Argüello Gómez (Nicaragua)

Sr. Bogdan Aurescu (Rumania)

Sr. Yacouba Cissé (Côte d'Ivoire)

Sra. Concepción Escobar Hernández (España)

Sra. Patricia Galvão Teles (Portugal)

Sr. Juan Manuel Gómez Robledo (México)

Sr. Claudio Grossman Guiloff (Chile)

Sr. Hussein A. Hassouna (Egipto)

Sr. Mahmoud D. Hmoud (Jordania)

Sr. Huikang Huang (China)

Sr. Charles Chernor Jalloh (Sierra Leona)

Sr. Roman A. Kolodkin (Federación de Rusia)

Sr. Ahmed Laraba (Argelia)

Sra. Marja Lehto (Finlandia)

Sr. Shinya Murase (Japón)

Sr. Sean D. Murphy (Estados Unidos de América)

Sr. Hong Thao Nguyen (Viet Nam)

Sr. Georg Nolte (Alemania)

Sra. Nilüfer Oral (Turquía)

Sr. Hassan Ouazzani Chahdi (Marruecos)

Sr. Ki Gab Park (República de Corea)

Sr. Chris Maina Peter (República Unida de Tanzania)

Sr. Ernest Petrič (Eslovenia)

Sr. Aniruddha Rajput (India)

Sr. August Reinisch (Austria)

Sr. Juan José Ruda Santolaria (Perú)

Sr. Gilberto Vergne Saboia (Brasil)

Sr. Pavel Šturma (República Checa)

Sr. Dire D. Tladi (Sudáfrica)

Sr. Eduardo Valencia-Ospina (Colombia)
 Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez (Ecuador)
 Sr. Amos S. Wako (Kenya)
 Sir Michael Wood (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte)

B. Mesa de la Comisión y Mesa ampliada

3. En su 3348ª sesión, celebrada el 1 de mayo de 2017, la Comisión eligió a los siguientes miembros de la Mesa:

<i>Presidente:</i>	Sr. Georg Nolte (Alemania)
<i>Primer Vicepresidente:</i>	Sr. Eduardo Valencia-Ospina (Colombia)
<i>Segundo Vicepresidente:</i>	Sr. Hussein A. Hassouna (Egipto)
<i>Presidente del Comité de Redacción:</i>	Sr. Aniruddha Rajput (India)
<i>Relator:</i>	Sr. Bogdan Aurescu (Rumania)

4. La Mesa ampliada de la Comisión estuvo integrada por los miembros de la Mesa del actual período de sesiones, el anterior Presidente de la Comisión¹ y los relatores especiales².

5. En su 3350ª sesión, celebrada el 3 de mayo de 2017, la Comisión estableció un Grupo de Planificación integrado por los siguientes miembros: Sr. Eduardo Valencia-Ospina (Presidente), Sr. Yacouba Cissé, Sra. Concepción Escobar Hernández, Sra. Patricia Galvão Teles, Sr. Juan Manuel Gómez Robledo, Sr. Claudio Grossman Guiloff, Sr. Hussein A. Hassouna, Sr. Mahmoud D. Hmoud, Sr. Huikang Huang, Sr. Charles Chernor Jalloh, Sr. Roman A. Kolodkin, Sra. Marja Lehto, Sr. Shinya Murase, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Hong Thao Nguyen, Sr. Georg Nolte, Sra. Nilüfer Oral, Sr. Hassan Ouazzani Chahdi, Sr. Ki Gab Park, Sr. Aniruddha Rajput, Sr. August Reinisch, Sr. Juan José Ruda Santolaria, Sr. Gilberto Vergne Saboia, Sr. Pavel Šturma, Sr. Dire D. Tladi, Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood y Sr. Bogdan Aurescu (*ex officio*).

C. Comité de Redacción

6. En sus sesiones 3349ª, 3354ª, 3360ª, 3365ª, 3374ª y 3381ª, celebradas los días 2, 9, 18 y 30 de mayo, y 13 y 25 de julio de 2017, respectivamente, la Comisión estableció un Comité de Redacción, integrado por los miembros que se mencionan más abajo, para los temas que se indican a continuación:

a) *Aplicación provisional de los tratados:* Sr. Aniruddha Rajput (Presidente), Sr. Juan Manuel Gómez Robledo (Relator Especial), Sr. Carlos J. Argüello Gómez, Sra. Patricia Galvão Teles, Sr. Claudio Grossman Guiloff, Sr. Charles Chernor Jalloh, Sr. Roman A. Kolodkin, Sra. Marja Lehto, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Hong Thao Nguyen, Sra. Nilüfer Oral, Sr. Ki Gab Park, Sr. Pavel Šturma, Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood y Sr. Bogdan Aurescu (*ex officio*).

b) *Crímenes de lesa humanidad:* Sr. Aniruddha Rajput (Presidente), Sr. Sean D. Murphy (Relator Especial), Sr. Yacouba Cissé, Sra. Concepción Escobar Hernández, Sra. Patricia Galvão Teles, Sr. Juan Manuel Gómez Robledo, Sr. Claudio Grossman Guiloff, Sr. Mahmoud D. Hmoud, Sr. Charles Chernor Jalloh, Sr. Roman A. Kolodkin, Sra. Marja Lehto, Sr. Georg Nolte, Sr. Hassan Ouazzani Chahdi, Sr. Ki Gab Park, Sr. August Reinisch, Sr. Juan José Ruda Santolaria, Sr. Gilberto Vergne Saboia, Sr. Dire D. Tladi, Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood y Sr. Bogdan Aurescu (*ex officio*).

¹ Sr. Ernest Petrič.

² Sra. Concepción Escobar Hernández, Sr. Juan Manuel Gómez Robledo, Sr. Shinya Murase, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Pavel Šturma, Sr. Dire D. Tladi y Sir Michael Wood.

c) *Protección de la atmósfera*: Sr. Aniruddha Rajput (Presidente), Sr. Shinya Murase (Relator Especial), Sr. Carlos J. Argüello Gómez, Sr. Yacouba Cissé, Sra. Concepción Escobar Hernández, Sra. Patricia Galvão Teles, Sr. Claudio Grossman Guiloff, Sr. Mahmoud D. Hmoud, Sr. Charles Chernor Jalloh, Sra. Marja Lehto, Sr. Hong Thao Nguyen, Sr. Georg Nolte, Sra. Nilüfer Oral, Sr. Ki Gab Park, Sr. August Reinisch, Sr. Juan José Ruda Santolaria, Sr. Dire D. Tladi, Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood y Sr. Bogdan Aurescu (*ex officio*).

d) *Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado*: Sr. Aniruddha Rajput (Presidente), Sra. Concepción Escobar Hernández (Relatora Especial), Sr. Carlos J. Argüello Gómez, Sr. Yacouba Cissé, Sra. Patricia Galvão Teles, Sr. Claudio Grossman Guiloff, Sr. Mahmoud D. Hmoud, Sr. Huikang Huang, Sr. Charles Chernor Jalloh, Sra. Marja Lehto, Sr. Shinya Murase, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Georg Nolte, Sra. Nilüfer Oral, Sr. Hassan Ouazzani Chahdi, Sr. Ki Gab Park, Sr. August Reinisch, Sr. Juan José Ruda Santolaria, Sr. Gilberto Vergne Saboia, Sr. Pavel Šturma, Sr. Dire D. Tladi, Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood y Sr. Bogdan Aurescu (*ex officio*).

e) *Normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens)*: Sr. Aniruddha Rajput (Presidente), Sr. Dire D. Tladi (Relator Especial), Sr. Yacouba Cissé, Sra. Concepción Escobar Hernández, Sra. Patricia Galvão Teles, Sr. Juan Manuel Gómez Robledo, Sr. Claudio Grossman Guiloff, Sr. Mahmoud D. Hmoud, Sr. Charles Chernor Jalloh, Sr. Roman A. Kolodkin, Sra. Marja Lehto, Sr. Shinya Murase, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Hong Thao Nguyen, Sr. Georg Nolte, Sra. Nilüfer Oral, Sr. Hassan Ouazzani Chahdi, Sr. Ki Gab Park, Sr. August Reinisch, Sr. Juan José Ruda Santolaria, Sr. Gilberto Vergne Saboia, Sr. Pavel Šturma, Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood y Sr. Bogdan Aurescu (*ex officio*).

f) *La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado*: Sr. Aniruddha Rajput (Presidente), Sr. Pavel Šturma (Relator Especial), Sra. Concepción Escobar Hernández, Sra. Patricia Galvão Teles, Sr. Claudio Grossman Guiloff, Sr. Mahmoud D. Hmoud, Sr. Charles Chernor Jalloh, Sr. Roman A. Kolodkin, Sra. Marja Lehto, Sr. Shinya Murase, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Hong Thao Nguyen, Sr. Ki Gab Park, Sr. August Reinisch, Sr. Juan José Ruda Santolaria, Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood y Sr. Bogdan Aurescu (*ex officio*).

7. El Comité de Redacción celebró un total de 30 sesiones sobre los seis temas anteriormente indicados.

D. Grupos de trabajo

8. En su 3357ª sesión, celebrada el 12 de mayo de 2017, la Comisión estableció un *Grupo de Trabajo sobre la aplicación provisional de los tratados*, integrado por: Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez (Presidente), Sr. Juan Manuel Gómez Robledo (Relator Especial), Sr. Carlos J. Argüello Gómez, Sr. Yacouba Cissé, Sra. Concepción Escobar Hernández, Sra. Patricia Galvão Teles, Sr. Mahmoud D. Hmoud, Sr. Charles Chernor Jalloh, Sra. Marja Lehto, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Hong Thao Nguyen, Sr. Georg Nolte, Sra. Nilüfer Oral, Sr. Ki Gab Park, Sr. Aniruddha Rajput, Sr. August Reinisch, Sr. Juan José Ruda Santolaria, Sr. Pavel Šturma, Sir Michael Wood y Sr. Bogdan Aurescu (*ex officio*).

9. En su 3380ª sesión, celebrada el 25 de julio de 2017, la Comisión estableció un *Grupo de Trabajo sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados* integrado por: Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez (Presidente), Sr. Yacouba Cissé, Sra. Concepción Escobar Hernández, Sra. Patricia Galvão Teles, Sr. Claudio Grossman Guiloff, Sr. Mahmoud D. Hmoud, Sr. Charles Chernor Jalloh, Sra. Marja Lehto, Sr. Shinya Murase, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Hong Thao Nguyen, Sra. Nilüfer Oral, Sr. Hassan Ouazzani Chahdi, Sr. Ki Gab Park, Sr. Aniruddha Rajput, Sr. August Reinisch, Sr. Juan José Ruda Santolaria, Sr. Gilberto Vergne Saboia, Sir Michael Wood y Sr. Bogdan Aurescu (*ex officio*).

10. El Grupo de Planificación estableció los siguientes grupos de trabajo:

a) *Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo*: Sr. Mahmoud D. Hmoud (Presidente), Sr. Yacouba Cissé, Sra. Concepción Escobar Hernández, Sra. Patricia Galvão Teles, Sr. Juan Manuel Gómez Robledo, Sr. Claudio Grossman Guiloff, Sr. Hussein A. Hassouna, Sr. Huikang Huang, Sr. Charles Chernor Jalloh, Sr. Roman A. Kolodkin, Sra. Marja Lehto, Sr. Shinya Murase, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Hong Thao Nguyen, Sr. Georg Nolte, Sra. Nilüfer Oral, Sr. Hassan Ouazzani Chahdi, Sr. Ki Gab Park, Sr. Aniruddha Rajput, Sr. August Reinisch, Sr. Juan José Ruda Santolaria, Sr. Pavel Šturma, Sr. Dire D. Tladi, Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood y Sr. Bogdan Aurescu (*ex officio*).

b) *Grupo de Trabajo sobre los métodos de trabajo*: Sr. Hussein A. Hassouna (Presidente), Sr. Yacouba Cissé, Sra. Concepción Escobar Hernández, Sra. Patricia Galvão Teles, Sr. Claudio Grossman Guiloff, Sr. Charles Chernor Jalloh, Sra. Marja Lehto, Sr. Shinya Murase, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Hong Thao Nguyen, Sr. Georg Nolte, Sra. Nilüfer Oral, Sr. Hassan Ouazzani Chahdi, Sr. Ki Gab Park, Sr. Aniruddha Rajput, Sr. August Reinisch, Sr. Juan José Ruda Santolaria, Sr. Pavel Šturma, Sr. Dire D. Tladi, Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood y Sr. Bogdan Aurescu (*ex officio*).

E. Secretaría

11. El Sr. Miguel de Serpa Soares, Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos y Asesor Jurídico de las Naciones Unidas, representó al Secretario General. El Sr. Huw Llewellyn, Director de la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos, hizo las veces de Secretario de la Comisión y, en ausencia del Asesor Jurídico, representó al Secretario General. El Sr. Arnold Pronto, Oficial Jurídico Principal, desempeñó las funciones de Secretario Auxiliar Principal de la Comisión. El Sr. Trevor Chimimba, Oficial Jurídico Superior, desempeñó las funciones de Secretario Auxiliar Superior de la Comisión. La Sra. Patricia Georget, el Sr. David Nanopoulos y la Sra. Carla Hoe, Oficiales Jurídicos, y el Sr. Daniel Stewart y el Sr. Bart Smit Duijzentkunst, Oficiales Jurídicos Adjuntos, actuaron como Secretarios Auxiliares de la Comisión.

F. Programa

12. En su 3348ª sesión, celebrada el 1 de mayo de 2017, la Comisión aprobó el programa de su 69º período de sesiones, que incluía los siguientes temas:

1. Organización de los trabajos del período de sesiones.
2. Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.
3. Aplicación provisional de los tratados.
4. Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados.
5. Protección de la atmósfera.
6. Crímenes de lesa humanidad.
7. Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).
8. Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión y su documentación.
9. Fecha y lugar de celebración del 70º período de sesiones de la Comisión.
10. Cooperación con otros órganos.
11. Otros asuntos.

Capítulo II

Resumen de la labor de la Comisión en su 69º período de sesiones

13. Con respecto al tema “**Crímenes de lesa humanidad**”, la Comisión tuvo ante sí el tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/704), en el que se abordaban, en particular, las siguientes cuestiones: la extradición, la no devolución, la asistencia judicial recíproca, las víctimas, los testigos y otras personas afectadas, la relación con los tribunales penales internacionales competentes, las obligaciones de los Estados federales, los mecanismos de vigilancia y el arreglo de controversias, las cuestiones pendientes, el preámbulo del proyecto de artículos y las cláusulas finales de una convención.

14. Tras el examen del tema en el actual período de sesiones, la Comisión aprobó, en primera lectura, 1 proyecto de preámbulo, 15 proyectos de artículo y 1 proyecto de anexo, con sus comentarios, sobre los crímenes de lesa humanidad. De conformidad con los artículos 16 a 21 de su Estatuto, la Comisión decidió remitir los proyectos de artículo, por conducto del Secretario General, a los Gobiernos, las organizaciones internacionales y otros interesados para que formularan comentarios y observaciones, solicitándoles que enviaran sus comentarios y observaciones al Secretario General antes del 1 de diciembre de 2018 (cap. IV).

15. En cuanto al tema “**Aplicación provisional de los tratados**”, la Comisión volvió a remitir al Comité de Redacción los proyectos de directriz 1 a 4 y 6 a 9, aprobados provisionalmente por el Comité en 2016, al objeto de disponer de un conjunto consolidado de los proyectos de directriz redactados con carácter provisional hasta el momento. Posteriormente, la Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de directriz 1 a 11, que había presentado el Comité de Redacción en el actual período de sesiones, con sus comentarios (cap. V).

16. En lo que respecta al tema “**Protección de la atmósfera**”, la Comisión tuvo ante sí el cuarto informe del Relator Especial (A/CN.4/705 y Corr.1), en el que, tomando como base los tres informes anteriores, se proponían cuatro directrices sobre la interrelación entre las normas de derecho internacional relativas a la protección de la atmósfera y otras normas pertinentes de derecho internacional, incluidas las normas del derecho mercantil internacional y el derecho internacional de las inversiones, del derecho del mar y del derecho internacional de los derechos humanos.

17. Tras el debate mantenido en la Comisión, que estuvo precedido de un diálogo oficioso con científicos especializados en la atmósfera organizado por el Relator Especial, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los cuatro proyectos de directriz que figuraban en el cuarto informe del Relator Especial. Después de examinar el informe del Comité de Redacción, la Comisión aprobó provisionalmente el proyecto de directriz 9, así como tres párrafos del preámbulo, con sus comentarios (cap. VI).

18. En relación con el tema “**Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado**”, la Comisión prosiguió su examen del quinto informe de la Relatora Especial (A/CN.4/701), que había comenzado en el 68º período de sesiones. En el informe se analizaba la cuestión de los límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y se proponía un único proyecto de artículo sobre esa cuestión.

19. Después del debate en sesión plenaria, la Comisión remitió al Comité de Redacción el proyecto de artículo 7 que había propuesto la Relatora Especial en su quinto informe. Una vez examinado el informe del Comité de Redacción, la Comisión votó a favor de aprobar el proyecto de artículo 7, así como un anexo al proyecto de artículos y una nota a pie de página para dos de los encabezamientos, con sus comentarios (cap. VII).

20. Con respecto al tema “**Normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens)**”, la Comisión tuvo ante sí el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/706), en el que se trataban de establecer los criterios para la identificación de las normas imperativas (*ius cogens*), tomando como punto de partida la Convención de Viena

sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Posteriormente, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de conclusión 4 a 9 que figuraban en el informe del Relator Especial y cambiar el título del tema de “*Ius cogens*” a “Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)”, según la propuesta del Relator Especial. A continuación, la Comisión tomó nota del informe provisional del Presidente del Comité de Redacción sobre los proyectos de conclusión 2 y 4 a 7 aprobados provisionalmente por el Comité, que fue presentado a la Comisión a título informativo (cap. VIII).

21. En cuanto al tema “**La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado**”, la Comisión decidió incluirlo en su programa de trabajo y nombrar Relator Especial al Sr. Pavel Šturma. La Comisión tuvo ante sí el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/708), que trataba de establecer el enfoque del Relator Especial con respecto al alcance y el resultado del tema y ofrecer un panorama general de las disposiciones generales relacionadas con él. Tras el debate en sesión plenaria, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de artículo 1 a 4 que figuraban en el informe del Relator Especial. A continuación, la Comisión tomó nota del informe provisional del Presidente del Comité de Redacción sobre los proyectos de artículo 1 y 2 aprobados provisionalmente por el Comité, que fue presentado a la Comisión a título informativo (cap. IX).

22. Por lo que se refiere al tema “**Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados**”, la Comisión estableció un Grupo de Trabajo sobre el tema, presidido por el Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí los proyectos de comentario preparados por la anterior Relatora Especial, pese a no ser ya miembro de la Comisión, sobre los proyectos de principio 4, 6 a 8, y 14 a 18, aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en el 68º período de sesiones y de los que la Comisión tomó nota en ese mismo período de sesiones. El Grupo de Trabajo centró sus debates en el camino a seguir. Tras considerar el informe oral del Presidente del Grupo de Trabajo, la Comisión decidió nombrar Relatora Especial a la Sra. Marja Lehto (cap. X).

23. En relación con “**Otras decisiones y conclusiones de la Comisión**”, la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema “**La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado**” y nombrar Relator Especial al Sr. Pavel Šturma (cap. XI, secc. A).

24. La Comisión también estableció un Grupo de Planificación para que considerara el programa, los procedimientos y los métodos de trabajo, el cual a su vez decidió constituir el Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo, presidido por el Sr. Mahmoud D. Hmoud, y el Grupo de Trabajo sobre los métodos de trabajo, presidido por el Sr. Hussein A. Hassouna (cap. XI, secc. B). La Comisión decidió incluir en su programa de trabajo a largo plazo los temas “**Principios generales del derecho**” y “**La prueba ante las cortes y tribunales internacionales**” (cap. XI, secc. B.1 y anexos A y B).

25. La Comisión organizará un acto conmemorativo de su 70º aniversario en su 70º período de sesiones, en 2018. El acto conmemorativo, sobre el tema “Setenta años de la Comisión de Derecho Internacional: haciendo balance para el futuro”, se organizará en dos partes: la primera de ellas se celebrará en Nueva York el 21 de mayo de 2018, en la primera parte de su 70º período de sesiones, y la segunda se celebrará en Ginebra los días 5 y 6 de julio de 2018, en la segunda parte de su 70º período de sesiones (cap. XI, secc. B).

26. La Comisión continuó con los tradicionales intercambios de información con el Presidente de la Corte Internacional de Justicia, el Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público del Consejo de Europa, la Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana, la Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana y el Comité Jurídico Interamericano. Los miembros de la Comisión mantuvieron también un intercambio informal de opiniones con el Comité Internacional de la Cruz Roja (cap. XI, secc. D).

27. La Comisión decidió que su 70º período de sesiones tendría lugar en Nueva York, del 30 de abril al 1 de junio de 2018, y en Ginebra, del 2 de julio al 10 de agosto de 2018 (cap. XI, secc. C).

Capítulo III

Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones serían de particular interés para la Comisión

28. La Comisión considera que siguen siendo relevantes las solicitudes de información que figuran en el capítulo III del informe sobre su 66º período de sesiones (2014) en relación con el tema “Protección de la atmósfera”³, así como en el capítulo III del informe sobre su 67º período de sesiones (2015) en relación con los temas “Aplicación provisional de los tratados”⁴ e “*Ius cogens*”⁵, y agradecería cualquier información adicional.

29. La Comisión agradecería que, antes del 15 de enero de 2018, le envíen información sobre las cuestiones mencionadas en el párrafo anterior, así como sobre las que se indican más abajo, a fin de que se tenga en cuenta en los respectivos informes de los relatores especiales.

A. Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado

30. La Comisión agradecería que los Estados le proporcionasen información sobre su legislación y práctica nacional, incluida la práctica de los órganos judiciales y del ejecutivo, en relación con las siguientes cuestiones:

- a) la invocación de la inmunidad;
- b) la renuncia a la inmunidad;
- c) la etapa en que las autoridades nacionales toman en consideración la inmunidad (investigación, acusación, enjuiciamiento);
- d) los instrumentos de que dispone el ejecutivo para trasladar a los tribunales nacionales información, documentos u opiniones jurídicos en relación con un asunto en que se esté examinando o se pueda examinar la inmunidad;
- e) los mecanismos de asistencia jurídica, cooperación y consulta internacional a los que pueden recurrir las autoridades del Estado en relación con un asunto en que se esté examinando o se pueda examinar la inmunidad.

B. La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado

31. A la Comisión le resultaría de utilidad que los Estados le facilitasen acuerdos internacionales, legislación nacional o decisiones de tribunales nacionales pertinentes relacionados con la sucesión en los derechos y obligaciones resultantes de actos internacionalmente ilícitos de un Estado predecesor o cometidos contra este, o con la distribución de esos derechos y obligaciones.

C. Nuevos temas

32. La Comisión decidió incluir en su programa de trabajo a largo plazo dos nuevos temas: a) principios generales del derecho; y b) la prueba ante las cortes y tribunales internacionales. Para seleccionar esos temas, la Comisión se guió por los criterios acordados en su 50º período de sesiones (1998), que son: a) que el tema refleje las

³ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10)*, párr. 27.

⁴ *Ibid.*, septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/70/10), párr. 30.

⁵ *Ibid.*, párr. 31.

necesidades de los Estados respecto del desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional; b) que esté en una etapa suficientemente avanzada en cuanto a la práctica de los Estados para permitir el desarrollo progresivo y la codificación; c) que sea concreto y viable para el desarrollo progresivo y la codificación; y d) que la Comisión no debería limitarse a los temas tradicionales, sino que también podría examinar los que representaran la evolución del derecho internacional e inquietudes apremiantes de la comunidad internacional en general. La Comisión agradecería las opiniones de los Estados acerca de esos nuevos temas.

33. Además, la Comisión agradecería cualquier propuesta que los Estados quieran hacer acerca de posibles temas para su inclusión en el programa de trabajo a largo plazo. Sería útil que acompañaran tales propuestas de una exposición de motivos que las fundamente, teniendo en cuenta los criterios anteriormente mencionados para la selección de los temas.

34. La Comisión observa que la celebración de su 70º aniversario, que tendrá lugar en su 70º período de sesiones, en Nueva York y Ginebra, ofrecerá una oportunidad para el intercambio de opiniones entre los Estados y los miembros de la Comisión sobre posibles temas de los que la Comisión podría ocuparse en el futuro.

Capítulo IV Crímenes de lesa humanidad

A. Introducción

35. En su 66º período de sesiones (2014), la Comisión decidió incluir el tema “Crímenes de lesa humanidad” en su programa de trabajo y nombró Relator Especial al Sr. Sean D. Murphy⁶. La Asamblea General, en el párrafo 7 de su resolución 69/118, de 10 de diciembre de 2014, tomó nota ulteriormente de la decisión de la Comisión de incluir ese tema en su programa de trabajo.

36. En su 67º período de sesiones (2015), la Comisión examinó el primer informe del Relator Especial⁷ y aprobó provisionalmente cuatro proyectos de artículo con sus comentarios⁸. También pidió a la Secretaría que preparase un memorando con información sobre los mecanismos convencionales de vigilancia existentes que pudieran ser de relevancia para su futura labor sobre el tema⁹.

37. En su 68º período de sesiones (2016), la Comisión examinó el segundo informe del Relator Especial¹⁰, así como el memorando de la Secretaría con información sobre los mecanismos convencionales de vigilancia existentes que pueden ser de relevancia para la futura labor de la Comisión de Derecho Internacional¹¹, y aprobó seis nuevos proyectos de artículo con sus comentarios¹².

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

38. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/704), que fue examinado en las sesiones 3348^a a 3354^a, celebradas del 1 al 9 de mayo de 2017¹³.

39. En su tercer informe, el Relator Especial abordó la extradición (cap. I); la no devolución (cap. II); la asistencia judicial recíproca (cap. III); las víctimas, testigos y otras personas afectadas (cap. IV); la relación con los tribunales penales internacionales competentes (cap. V); las obligaciones de los Estados federales (cap. VI); los mecanismos de vigilancia y arreglo de controversias (cap. VII); las cuestiones pendientes (cap. VIII); el preámbulo (cap. IX); las cláusulas finales de una convención (cap. X); y el programa de trabajo futuro sobre el tema (cap. XI). El Relator Especial propuso siete proyectos de artículo y un proyecto de preámbulo que correspondían a las cuestiones examinadas en los capítulos I a VII y IX, respectivamente¹⁴.

⁶ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10)*, párr. 266.

⁷ A/CN.4/680 y Corr.1

⁸ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/70/10)*, párrs. 110 a 117.

⁹ *Ibid.*, párr. 115.

¹⁰ A/CN.4/690.

¹¹ A/CN.4/698.

¹² *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/71/10)*, párrs. 79 a 85.

¹³ Véanse las actas resumidas provisionales de las sesiones 3348^a a 3354^a (A/CN.4/SR.3348 a 3354).

¹⁴ Véase el tercer informe sobre los crímenes de lesa humanidad (A/CN.4/704): proyecto de artículo 11 (Extradición); proyecto de artículo 12 (No devolución); proyecto de artículo 13 (Asistencia judicial recíproca); proyecto de artículo 14 (Víctimas, testigos y otras personas); proyecto de artículo 15 (Relación con los tribunales penales internacionales competentes); proyecto de artículo 16 (Obligaciones de los Estados federales); proyecto de artículo 17 (Arreglo de controversias entre los Estados); y proyecto de preámbulo.

40. En su 3354ª sesión, celebrada el 9 de mayo de 2017, la Comisión remitió al Comité de Redacción los proyectos de artículo 11 a 17 y el proyecto de preámbulo que figuraban en el tercer informe del Relator Especial.

41. En sus sesiones 3366ª y 3377ª, celebradas los días 1 de junio y 19 de julio de 2017, respectivamente, la Comisión examinó y aprobó los dos informes del Comité de Redacción sobre el proyecto de preámbulo, los proyectos de artículo 1 a 15 y el proyecto de anexo. Así pues, aprobó el conjunto del proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad en primera lectura (véase la sección C.1 *infra*).

42. En sus sesiones 3383ª y 3384ª, celebradas el 31 de julio de 2017, la Comisión aprobó los comentarios al proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad (véase la sección C.2 *infra*).

43. En su 3384ª sesión, celebrada el 31 de julio de 2017, la Comisión decidió, de conformidad con los artículos 16 a 21 de su Estatuto, remitir el proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad, por conducto del Secretario General, a los Gobiernos, las organizaciones internacionales y otros interesados para que formularan comentarios y observaciones, con la petición de que presentaran al Secretario General dichos comentarios y observaciones antes del 1 de diciembre de 2018.

44. En su 3384ª sesión, celebrada el 31 de julio de 2017, la Comisión expresó su profundo agradecimiento al Relator Especial, Sr. Sean D. Murphy, por la extraordinaria contribución realizada, que había permitido a la Comisión culminar con éxito la primera lectura del proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad.

C. Texto del proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad aprobado por la Comisión en primera lectura

1. Texto del proyecto de artículos

45. El texto del proyecto de artículos aprobado por la Comisión en primera lectura figura a continuación.

Crímenes de lesa humanidad

Preámbulo

[...]

Teniendo presente que, a lo largo de la historia, millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de crímenes que conmueven profundamente la conciencia de la humanidad,

Reconociendo que los crímenes de lesa humanidad constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar del mundo,

Reconociendo además que la prohibición de los crímenes de lesa humanidad es una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*),

Afirmando que los crímenes de lesa humanidad, que forman parte de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, han de prevenirse de conformidad con el derecho internacional,

Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de tales crímenes,

Recordando la definición de crímenes de lesa humanidad establecida en el artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional,

Recordando también que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal con respecto a los crímenes de lesa humanidad,

Tomando en consideración que, puesto que los crímenes de lesa humanidad no han de quedar impunes, ha de asegurarse el enjuiciamiento efectivo de esos crímenes mediante la adopción de medidas a escala nacional y el fomento de la

cooperación internacional, entre otras cosas en materia de extradición y asistencia judicial recíproca,

Tomando en consideración también los derechos de las víctimas, los testigos y otras personas en relación con los crímenes de lesa humanidad, así como el derecho de los presuntos infractores a un trato justo,

[...]

Artículo 1 [1]¹⁵

Ámbito de aplicación

El presente proyecto de artículos se aplicará a la prevención y sanción de los crímenes de lesa humanidad.

Artículo 2 [2]

Obligación general

Los crímenes de lesa humanidad, cometidos o no en tiempo de conflicto armado, son crímenes según el derecho internacional que los Estados se comprometen a prevenir y sancionar.

Artículo 3 [3]

Definición de crímenes de lesa humanidad

1. A los efectos del presente proyecto de artículos, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) asesinato;
- b) exterminio;
- c) esclavitud;
- d) deportación o traslado forzoso de población;
- e) encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- f) tortura;
- g) violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;
- h) persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, según se define en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con el crimen de genocidio o crímenes de guerra;
- i) desaparición forzada de personas;
- j) el crimen de *apartheid*;
- k) otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

¹⁵ Los números de los proyectos de artículo aprobados provisionalmente con anterioridad por la Comisión se indican entre corchetes.

2. A los efectos del párrafo 1:

a) por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política.

b) el “exterminio” comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras cosas, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población.

c) por “esclavitud” se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños.

d) por “deportación o traslado forzoso de población” se entenderá el desplazamiento forzoso de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional.

e) por “tortura” se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas.

f) por “embarazo forzado” se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo.

g) por “persecución” se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad.

h) por “el crimen de *apartheid*” se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.

i) por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

3. A los efectos del presente proyecto de artículos se entenderá que el término “género” se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término “género” no tendrá más acepción que la que antecede.

4. El presente proyecto de artículo se entiende sin perjuicio de cualquier otra definición más amplia prevista en cualquier instrumento internacional o legislación nacional.

Artículo 4 [4]

Obligación de prevención

1. Todo Estado se compromete a prevenir los crímenes de lesa humanidad, de conformidad con el derecho internacional, entre otras cosas:

a) adoptando medidas legislativas, administrativas, judiciales u otras medidas preventivas eficaces en todo territorio que esté bajo su jurisdicción; y

b) cooperando con otros Estados, organizaciones intergubernamentales pertinentes y, según proceda, otras organizaciones.

2. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales, tales como un conflicto armado, la inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública, como justificación de los crímenes de lesa humanidad.

Artículo 5

No devolución

1. Ningún Estado procederá a la expulsión, devolución, entrega o extradición de una persona a un territorio bajo la jurisdicción de otro Estado cuando haya motivos fundados para creer que estaría en peligro de ser víctima de un crimen de lesa humanidad.

2. A los efectos de determinar si existen esos motivos, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, incluida, cuando proceda, la existencia, en el territorio bajo la jurisdicción del Estado de que se trate, de un cuadro de violaciones sistemáticas graves, flagrantes o masivas de los derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario.

Artículo 6 [5]

Criminalización en el derecho nacional

1. Todo Estado adoptará las medidas necesarias para que estén tipificados en su derecho penal los crímenes de lesa humanidad.

2. Todo Estado adoptará las medidas necesarias para que estén tipificados en su derecho penal los siguientes actos:

- a) la comisión de un crimen de lesa humanidad;
- b) la tentativa de comisión de uno de esos crímenes; y
- c) el hecho de ordenar, instigar, inducir, ayudar, ser cómplice o de colaborar o contribuir de algún otro modo a la comisión o la tentativa de comisión de uno de esos crímenes.

3. Todo Estado adoptará también las medidas necesarias para que estén tipificados en su derecho penal los siguientes supuestos:

a) el jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de lesa humanidad cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivos, o su autoridad y control efectivos, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas, cuando:

i) hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y

ii) no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento;

b) en lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de lesa humanidad cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivos, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

i) hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de informaciones que indicasen claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;

ii) los crímenes guardasen relación con actividades que estuvieran bajo su responsabilidad y control efectivos; y

iii) no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

4. Todo Estado adoptará las medidas necesarias para que, en su derecho penal, el hecho de que alguno de los delitos mencionados en el presente proyecto de artículo se cometiera en cumplimiento de una orden de un Gobierno o de un superior, militar o civil, no sea motivo para eximir de responsabilidad penal a un subordinado.

5. Todo Estado adoptará las medidas necesarias para que, en su derecho penal, el hecho de que alguno de los delitos mencionados en el presente proyecto de artículo fuera cometido por una persona que ocupase un cargo oficial no sea motivo para eximirla de responsabilidad penal.

6. Todo Estado adoptará las medidas necesarias para que, de conformidad con su derecho penal, los delitos mencionados en el presente proyecto de artículo no prescriban.

7. Todo Estado adoptará las medidas necesarias para que, de conformidad con su derecho penal, los delitos mencionados en el presente proyecto de artículo sean castigados con penas apropiadas que tengan en cuenta su gravedad.

8. Con sujeción a los preceptos de su legislación, todo Estado adoptará, cuando proceda, disposiciones que permitan hacer efectiva la responsabilidad de personas jurídicas por los delitos enunciados en el presente proyecto de artículo. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado, dicha responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser penal, civil o administrativa.

Artículo 7 [6]

Establecimiento de la competencia nacional

1. Todo Estado adoptará las medidas necesarias para establecer su competencia respecto de los delitos comprendidos en el presente proyecto de artículos en los siguientes casos:

a) cuando el delito sea cometido en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado;

b) cuando el presunto infractor sea nacional de ese Estado o, si ese Estado lo considera apropiado, una persona apátrida que resida habitualmente en su territorio;

c) cuando la víctima sea nacional de ese Estado, si este lo considera apropiado.

2. Todo Estado adoptará también las medidas necesarias para establecer su competencia respecto de los delitos comprendidos en el presente proyecto de artículos en los casos en que el presunto infractor se encuentre en cualquier territorio bajo su jurisdicción y no lo extradite o lo entregue de conformidad con lo dispuesto en el presente proyecto de artículos.

3. El presente proyecto de artículos no excluye el ejercicio de cualquier competencia penal establecida por un Estado de conformidad con su legislación nacional.

Artículo 8 [7]

Investigación

Todo Estado velará por que las autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial siempre que haya motivos razonables para creer que se han cometido o se están cometiendo actos que constituyen crímenes de lesa humanidad en cualquier territorio bajo su jurisdicción.

Artículo 9 [8]**Medidas preliminares cuando el presunto infractor se encuentre en el territorio**

1. Si, tras examinar la información de que dispone, considera que las circunstancias lo justifican, todo Estado en el territorio bajo cuya jurisdicción se encuentre una persona sospechosa de haber cometido alguno de los delitos comprendidos en el presente proyecto de artículos procederá a la detención de dicha persona o tomará otras medidas legales para asegurar su presencia. La detención y las otras medidas legales se llevarán a cabo de conformidad con la legislación de ese Estado, si bien podrán mantenerse solamente por el período que sea necesario para permitir el inicio de actuaciones penales o de un procedimiento de extradición o de entrega.

2. Dicho Estado procederá inmediatamente a una investigación preliminar de los hechos.

3. Cuando un Estado, de conformidad con el presente proyecto de artículo, haya detenido a una persona, notificará inmediatamente tal detención y las circunstancias que la justifican a los Estados mencionados en el proyecto de artículo 7, párrafo 1. El Estado que realice la investigación preliminar prevista en el párrafo 2 del presente proyecto de artículo comunicará sin dilación sus resultados a los Estados antes mencionados e indicará si se propone ejercer su jurisdicción.

Artículo 10 [9]***Aut dedere aut iudicare***

El Estado en el territorio bajo cuya jurisdicción se encuentre el presunto infractor someterá el asunto a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, a menos que extradite o entregue a la persona a otro Estado o tribunal penal internacional competente. Dichas autoridades tomarán la decisión de la misma manera que lo harían en el caso de cualquier otro delito de carácter grave de conformidad con el derecho de ese Estado.

Artículo 11 [10]**Trato justo del presunto infractor**

1. Toda persona respecto de la cual se adopten medidas en relación con uno de los delitos comprendidos en el presente proyecto de artículos tendrá garantizados en todas las etapas del procedimiento un trato justo, incluido un juicio imparcial, y la plena protección de sus derechos de conformidad con las disposiciones aplicables del derecho nacional e internacional, incluido el derecho de los derechos humanos.

2. Toda persona que esté en prisión, detenida o recluida en un Estado que no sea el de su nacionalidad tendrá derecho a:

a) comunicarse sin demora con el representante competente más próximo del Estado o los Estados de que sea nacional o al que competa por otras razones la protección de sus derechos o, si dicha persona es apátrida, del Estado que, a solicitud de esa persona, esté dispuesto a proteger sus derechos;

b) recibir la visita de un representante de ese Estado o esos Estados; y

c) ser informado sin demora de los derechos que la asisten de conformidad con el presente párrafo.

3. Los derechos mencionados en el párrafo 2 se ejercerán de conformidad con las leyes y normativas del Estado en el territorio bajo cuya jurisdicción se encuentre la persona, en el entendido de que dichas leyes y normativas han de permitir que tenga pleno efecto el propósito de los derechos reconocidos en el párrafo 2.

Artículo 12

Víctimas, testigos y otras personas

1. Todo Estado tomará las medidas necesarias para que:
 - a) toda persona que alegue que se han cometido o se están cometiendo actos que constituyen crímenes de lesa humanidad tenga derecho a denunciar los hechos ante las autoridades competentes; y
 - b) se proteja a los denunciantes, las víctimas, los testigos y sus familiares y representantes, así como a otras personas que participen en cualquier investigación, enjuiciamiento, extradición u otro procedimiento dentro del alcance del presente proyecto de artículos, contra malos tratos o intimidación como consecuencia de cualquier denuncia, información, testimonio u otra prueba que presenten. Las medidas de protección no menoscabarán los derechos del presunto infractor mencionados en el proyecto de artículo 11.
2. Todo Estado permitirá, de conformidad con su derecho nacional, que se presenten y consideren las opiniones y preocupaciones de las víctimas de un crimen de lesa humanidad en las etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los presuntos infractores sin que ello menoscabe los derechos mencionados en el proyecto de artículo 11.
3. Todo Estado adoptará las medidas necesarias para asegurar que, en su ordenamiento jurídico, las víctimas de un crimen de lesa humanidad tengan derecho a obtener reparación por los daños materiales y morales, de manera individual o colectiva, en una o varias de las siguientes formas, según corresponda: restitución; indemnización; satisfacción; rehabilitación; cese y garantías de no repetición.

Artículo 13

Extradición

1. Cada uno de los delitos comprendidos en el presente proyecto de artículos se considerará incluido entre los delitos que pueden dar lugar a extradición en todo tratado de extradición vigente entre los Estados. Estos se comprometen a incluir tales delitos como causa de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí.
2. A efectos de la extradición entre Estados, los delitos comprendidos en el presente proyecto de artículos no serán considerados delitos políticos, delitos conexos a un delito político ni delitos inspirados en motivos políticos. En consecuencia, una solicitud de extradición fundada en un delito de este tipo no podrá ser rechazada por ese único motivo.
3. Si un Estado que supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe una solicitud de extradición de otro Estado con el que no tiene tratado al respecto, podrá considerar el presente proyecto de artículos como la base jurídica de la extradición respecto de los delitos comprendidos en el presente proyecto de artículos.
4. Todo Estado que, por los delitos comprendidos en el presente proyecto de artículos, supedita la extradición a la existencia de un tratado:
 - a) informará al Secretario General de las Naciones Unidas de si utilizará el presente proyecto de artículos como base jurídica de la cooperación en materia de extradición con otros Estados; y
 - b) si no utiliza el presente proyecto de artículos como base jurídica de la cooperación en materia de extradición, procurará, cuando proceda, celebrar tratados de extradición con otros Estados a fin de aplicar el presente proyecto de artículo.
5. Los Estados que no supediten la extradición a la existencia de un tratado reconocerán los delitos comprendidos en el presente proyecto de artículos como causa de extradición entre ellos.

6. La extradición estará sujeta a las condiciones previstas en el derecho nacional del Estado requerido o en los tratados de extradición aplicables, incluidos los motivos por los que el Estado requerido puede denegar la extradición.

7. De ser necesario, a los efectos de la extradición entre Estados, se considerará que los delitos comprendidos en el presente proyecto de artículos se han cometido no solo en el lugar en que se perpetraron sino también en el territorio de los Estados que hayan establecido su competencia de conformidad con el proyecto de artículo 7, párrafo 1.

8. Si la extradición solicitada con el propósito de que se cumpla una condena es denegada por el hecho de que la persona buscada es nacional del Estado requerido, este, si su derecho nacional lo permite y de conformidad con los requisitos de dicho derecho, considerará, previa solicitud del Estado requirente, la posibilidad de hacer cumplir la condena impuesta o el resto pendiente de dicha condena con arreglo al derecho nacional del Estado requirente.

9. Nada de lo dispuesto en el presente proyecto de artículos podrá interpretarse como la imposición de una obligación de extraditar si el Estado requerido tiene motivos fundados para creer que la solicitud se ha presentado con el fin de enjuiciar o sancionar a una persona en razón de su género, raza, religión, nacionalidad, origen étnico, cultura, pertenencia a un determinado grupo social, opiniones políticas u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables en derecho internacional, o que el cumplimiento de esa solicitud ocasionaría perjuicios a la posición de esa persona por cualquiera de estas razones.

10. Antes de denegar la extradición, el Estado requerido, cuando proceda, consultará al Estado requirente para darle amplia oportunidad de presentar sus opiniones y de proporcionar información que sustente sus alegaciones.

Artículo 14 **Asistencia judicial recíproca**

1. Los Estados se prestarán la más amplia asistencia judicial recíproca respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos comprendidos en el presente proyecto de artículos, de conformidad con el presente proyecto de artículo.

2. Se prestará asistencia judicial recíproca en la mayor medida posible, conforme a las leyes y los tratados, acuerdos y arreglos pertinentes del Estado requerido, con respecto a investigaciones, procesos y actuaciones judiciales y de otra índole relacionados con los delitos de los que una persona jurídica pueda ser considerada responsable de conformidad con el proyecto de artículo 6, párrafo 8, en el Estado requirente.

3. La asistencia judicial recíproca que se preste de conformidad con el presente proyecto de artículo podrá solicitarse para cualquiera de los fines siguientes:

- a) identificar y localizar a los presuntos infractores y, cuando proceda, a las víctimas, los testigos u otras personas;
- b) recibir testimonios o tomar declaración a personas, entre otros medios por videoconferencia;
- c) presentar documentos judiciales;
- d) efectuar inspecciones e incautaciones;
- e) examinar objetos y lugares, incluida la obtención de pruebas forenses;
- f) proporcionar información, elementos de prueba y evaluaciones de peritos;
- g) entregar originales o copias certificadas de los documentos y expedientes pertinentes;

h) identificar, localizar o embargar con carácter preventivo el producto del delito, bienes, instrumentos u otros elementos con fines probatorios o de otra índole;

i) facilitar la comparecencia voluntaria de personas en el Estado requirente; o

j) prestar cualquier otro tipo de asistencia autorizada por el derecho nacional del Estado requerido.

4. Los Estados no invocarán el secreto bancario para denegar la asistencia judicial recíproca prevista en el presente proyecto de artículo.

5. Cuando sea necesario, los Estados considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales que contribuyan a lograr los fines del presente proyecto de artículo y que lleven a la práctica o refuercen sus disposiciones.

6. Sin perjuicio de su legislación nacional, las autoridades competentes de un Estado podrán, sin que se les solicite previamente, transmitir información relativa a crímenes de lesa humanidad a una autoridad competente de otro Estado si creen que esa información podría ayudar a la autoridad a emprender o concluir con éxito investigaciones, procesos y actuaciones judiciales o podría dar lugar a una solicitud formulada por este último Estado con arreglo al presente proyecto de artículos.

7. Las disposiciones del presente proyecto de artículo no afectarán a las obligaciones dimanantes de otros tratados bilaterales o multilaterales vigentes o futuros que regulen, total o parcialmente, la asistencia judicial recíproca. No obstante, las disposiciones del presente proyecto de artículo se aplicarán en la medida en que prevean una mayor asistencia judicial recíproca.

8. El proyecto de anexo del presente proyecto de artículos se aplicará a las solicitudes que se formulen con arreglo al presente proyecto de artículo siempre que no medie entre los Estados interesados un tratado de asistencia judicial recíproca. Cuando esos Estados estén vinculados por un tratado de esa índole se aplicarán las disposiciones de dicho tratado, salvo que los Estados convengan en aplicar, en su lugar, las disposiciones del proyecto de anexo. Se insta a los Estados a que apliquen el proyecto de anexo si facilita la cooperación.

Artículo 15

Arreglo de controversias

1. Los Estados procurarán solucionar mediante negociaciones las controversias relativas a la interpretación o aplicación del presente proyecto de artículos.

2. Toda controversia entre dos o más Estados acerca de la interpretación o aplicación del presente proyecto de artículos que no se solucione mediante negociación se someterá, a solicitud de cualquiera de ellos, a la Corte Internacional de Justicia, a menos que esos Estados convengan en someter la controversia a arbitraje.

3. Todo Estado podrá declarar que no se considera vinculado por el párrafo 2 del presente proyecto de artículo. Los demás Estados no quedarán vinculados por el párrafo 2 del presente proyecto de artículo respecto de ningún Estado que haya hecho tal declaración.

4. Todo Estado que haya hecho una declaración con arreglo al párrafo 3 del presente proyecto de artículo podrá retirar esa declaración en cualquier momento.

Anexo

1. El presente proyecto de anexo se aplica de conformidad con el proyecto de artículo 14, párrafo 8.

Designación de una autoridad central

2. Cada Estado designará a una autoridad central encargada de recibir solicitudes de asistencia judicial recíproca y facultada para darles cumplimiento o para transmitir las a las autoridades competentes para su ejecución. Cuando alguna región o algún territorio especial de un Estado dispongan de un régimen distinto de asistencia judicial recíproca, el Estado podrá designar a otra autoridad central que desempeñará la misma función para dicha región o dicho territorio. Las autoridades centrales velarán por el rápido y adecuado cumplimiento o transmisión de las solicitudes recibidas. Cuando la autoridad central transmita la solicitud a una autoridad competente para su ejecución, alentará la rápida y adecuada ejecución de la solicitud por parte de dicha autoridad. Cada Estado notificará al Secretario General de las Naciones Unidas el nombre de la autoridad central que haya sido designada a tal fin. Las solicitudes de asistencia judicial recíproca y cualquier otra comunicación pertinente serán transmitidas a las autoridades centrales designadas por los Estados. La presente disposición no afectará al derecho de cualquiera de los Estados a exigir que estas solicitudes y comunicaciones le sean enviadas por vía diplomática y, en circunstancias urgentes, cuando los Estados convengan en ello, por conducto de la Organización Internacional de Policía Criminal, de ser posible.

Procedimientos para presentar una solicitud

3. Las solicitudes se presentarán por escrito o, cuando sea posible, por cualquier medio capaz de registrar un texto escrito, en un idioma aceptable para el Estado requerido, en condiciones que permitan a dicho Estado determinar la autenticidad. Cada Estado notificará al Secretario General de las Naciones Unidas el idioma o idiomas que le son aceptables. En situaciones de urgencia, y cuando los Estados convengan en ello, las solicitudes podrán hacerse oralmente, debiendo ser confirmadas sin demora por escrito.

4. Toda solicitud de asistencia judicial recíproca contendrá lo siguiente:

- a) la identidad de la autoridad que hace la solicitud;
- b) el objeto y la índole de las investigaciones, los procesos o las actuaciones judiciales a que se refiere la solicitud y el nombre y las funciones de la autoridad encargada de efectuar dichas investigaciones, procesos o actuaciones judiciales;
- c) un resumen de los hechos pertinentes, salvo cuando se trate de solicitudes de presentación de documentos judiciales;
- d) una descripción de la asistencia solicitada y pormenores sobre cualquier procedimiento particular que el Estado requirente desee que se aplique;
- e) de ser posible, la identidad, ubicación y nacionalidad de toda persona interesada; y
- f) la finalidad para la que se solicita la prueba, información o actuación.

5. El Estado requerido podrá pedir información adicional cuando sea necesaria para dar cumplimiento a la solicitud de conformidad con su derecho nacional o para facilitar dicho cumplimiento.

Respuesta a la solicitud por el Estado requerido

6. Se dará cumplimiento a toda solicitud con arreglo al derecho nacional del Estado requerido y, en la medida en que ello no lo contravenga y sea factible, de conformidad con los procedimientos especificados en la solicitud.

7. El Estado requerido cumplirá la solicitud de asistencia judicial recíproca lo antes posible y tendrá plenamente en cuenta, en la medida de sus posibilidades, los plazos que sugiera el Estado requirente y que estén debidamente fundamentados, de preferencia en la solicitud. El Estado requerido responderá a las solicitudes razonables que formule el Estado requirente respecto de la evolución del trámite de la solicitud. El Estado requirente informará con prontitud al Estado requerido cuando ya no necesite la asistencia solicitada.

8. La asistencia judicial recíproca podrá ser denegada:

a) cuando la solicitud no se haga de conformidad con lo dispuesto en el presente proyecto de anexo;

b) cuando el Estado requerido considere que el cumplimiento de lo solicitado podría menoscabar su soberanía, su seguridad, su orden público u otros intereses fundamentales;

c) cuando el derecho nacional del Estado requerido prohíba a sus autoridades actuar en la forma solicitada con respecto a un delito análogo, si este hubiera sido objeto de investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en el ejercicio de su propia competencia;

d) cuando acceder a la solicitud sea contrario al ordenamiento jurídico del Estado requerido en lo relativo a la asistencia judicial recíproca.

9. Toda denegación de asistencia judicial recíproca deberá fundamentarse debidamente.

10. La asistencia judicial recíproca podrá ser diferida por el Estado requerido si perturba investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en curso.

11. Antes de denegar una solicitud presentada con arreglo al párrafo 8 del presente proyecto de anexo o de diferir su cumplimiento con arreglo al párrafo 10 del presente proyecto de anexo, el Estado requerido consultará al Estado requirente para considerar si es posible prestar la asistencia solicitada supeditándola a las condiciones que estime necesarias. Si el Estado requirente acepta la asistencia con arreglo a esas condiciones, ese Estado deberá cumplir las condiciones impuestas.

12. El Estado requerido:

a) facilitará al Estado requirente una copia de los documentos oficiales y otros documentos o datos que obren en su poder y a los que, conforme a su derecho nacional, tenga acceso el público en general; y

b) podrá, a su arbitrio y con sujeción a las condiciones que juzgue apropiadas, proporcionar al Estado requirente una copia total o parcial de los documentos oficiales o de otros documentos o datos que obren en su poder y que, conforme a su derecho nacional, no estén al alcance del público en general.

Uso de la información por el Estado requirente

13. El Estado requirente no transmitirá ni utilizará, sin previo consentimiento del Estado requerido, la información o las pruebas proporcionadas por el Estado requerido para investigaciones, procesos o actuaciones judiciales distintos de los indicados en la solicitud. Nada de lo dispuesto en el presente párrafo impedirá que el Estado requirente revele, en sus actuaciones, información o pruebas que sean exculporias de una persona acusada. En este último caso, el Estado requirente notificará al Estado requerido antes de revelar la información o las pruebas y, si así se le solicita, consultará al Estado requerido. Si, en un caso excepcional, no es posible notificar con antelación, el Estado requirente informará sin demora al Estado requerido de dicha revelación.

14. El Estado requirente podrá exigir que el Estado requerido mantenga reserva acerca de la existencia y el contenido de la solicitud, salvo en la medida necesaria para darle cumplimiento. Si el Estado requerido no puede mantener esa reserva, lo hará saber de inmediato al Estado requirente.

Testimonio de una persona desde el Estado requerido

15. Sin perjuicio de la aplicación del párrafo 19 del presente proyecto de anexo, el testigo, perito u otra persona que, a instancias del Estado requirente, consienta en prestar testimonio en un juicio o en colaborar en una investigación, proceso o actuación judicial en un territorio bajo la jurisdicción del Estado requirente no podrá ser enjuiciado, detenido, condenado ni sometido a ninguna otra restricción de su libertad personal en ese territorio por actos, omisiones o declaraciones de culpabilidad anteriores a la fecha en que abandonó el territorio bajo la jurisdicción del Estado requerido. Ese salvoconducto cesará cuando el testigo, perito u otra persona haya tenido, durante 15 días consecutivos o durante el período acordado por los Estados después de la fecha en que se le haya informado oficialmente de que las autoridades judiciales ya no requieran su presencia, la oportunidad de salir del territorio bajo la jurisdicción del Estado requirente y no obstante permanezca voluntariamente en ese territorio o regrese libremente a él después de haberlo abandonado.

16. Siempre que sea posible y compatible con los principios fundamentales del derecho nacional, cuando una persona se encuentre en un territorio bajo la jurisdicción de un Estado y tenga que prestar declaración como testigo o perito ante autoridades judiciales de otro Estado, el primer Estado, a solicitud del otro, podrá permitir que la audiencia se celebre por videoconferencia si no es posible o conveniente que la persona en cuestión comparezca personalmente en un territorio bajo la jurisdicción del Estado requirente. Los Estados podrán convenir en que la audiencia esté a cargo de una autoridad judicial del Estado requirente y en que asista a ella una autoridad judicial del Estado requerido.

Traslado para prestar testimonio de una persona detenida en el Estado requerido

17. La persona que se encuentre detenida o cumpliendo una condena en un territorio bajo la jurisdicción de un Estado y cuya presencia se solicite en otro Estado para fines de identificación, para prestar testimonio o para que ayude de alguna otra forma a obtener pruebas necesarias para investigaciones, procesos o actuaciones judiciales respecto de delitos comprendidos en el presente proyecto de artículos podrá ser trasladada si se cumplen las condiciones siguientes:

- a) la persona, debidamente informada, da su libre consentimiento; y
- b) las autoridades competentes de ambos Estados están de acuerdo, con sujeción a las condiciones que estos consideren apropiadas.

18. A los efectos del párrafo 17 del presente proyecto de anexo:

- a) el Estado al que se traslade a la persona tendrá la competencia y la obligación de mantenerla detenida, salvo que el Estado del que ha sido trasladada solicite o autorice otra cosa;
- b) el Estado al que se traslade a la persona cumplirá sin dilación su obligación de devolverla a la custodia del Estado del que ha sido trasladada, según convengan de antemano o de otro modo las autoridades competentes de ambos Estados;
- c) el Estado al que se traslade a la persona no podrá exigir al Estado del que ha sido trasladada que inicie procedimientos de extradición para su devolución; y
- d) el tiempo que la persona haya permanecido detenida en el Estado al que ha sido trasladada se computará como parte de la pena que ha de cumplir en el Estado del que ha sido trasladada.

19. A menos que el Estado desde el cual se ha de trasladar a una persona de conformidad con los párrafos 17 y 18 del presente proyecto de anexo esté de acuerdo, dicha persona, cualquiera que sea su nacionalidad, no podrá ser enjuiciada, detenida, condenada ni sometida a ninguna otra restricción de su libertad personal en un territorio bajo la jurisdicción del Estado al que sea trasladada en relación con

actos, omisiones o condenas anteriores a su salida del territorio bajo la jurisdicción del Estado del que ha sido trasladada.

Gastos

20. Los gastos ordinarios que ocasione el cumplimiento de una solicitud serán sufragados por el Estado requerido, a menos que los Estados interesados hayan acordado otra cosa. Cuando se requieran a este fin gastos cuantiosos o de carácter extraordinario, los Estados se consultarán para determinar las condiciones en que se dará cumplimiento a la solicitud, así como la manera en que se sufragarán los gastos.

2. Texto del proyecto de artículos con sus comentarios

46. El texto del proyecto de artículos, con sus comentarios, aprobado por la Comisión en primera lectura en su 69º período de sesiones figura a continuación.

Crímenes de lesa humanidad

Comentario general

1) Tres son los crímenes sobre los que tradicionalmente han tenido competencia los tribunales penales internacionales: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. El crimen de genocidio¹⁶ y los crímenes de guerra¹⁷ son objeto de convenciones universales que requieren que los Estados prevengan y sancionen esos crímenes en su legislación nacional y cooperen entre sí a tal fin. En cambio, no existe ninguna convención universal dedicada a la prevención y sanción de los crímenes de lesa humanidad y a promover la cooperación entre los Estados en ese ámbito, aunque probablemente esos crímenes no son menos frecuentes que el genocidio o los crímenes de guerra. A diferencia de los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad pueden tener lugar en situaciones en que no haya un conflicto armado. Además, no requieren la intención especial que se precisa para establecer la existencia de genocidio¹⁸. Por otra parte, se señaló que ni la Convención contra el Genocidio ni los Convenios de Ginebra y sus Protocolos establecían mecanismos detallados de cooperación entre Estados como los previstos en el presente proyecto de artículos. Por ello, se consideró que también podrían haberse abordado en el presente proyecto de artículos otros de los crímenes más graves.

2) Hay tratados dedicados a la prevención, sanción y cooperación entre los Estados en relación con numerosos delitos mucho menos graves que los crímenes de lesa humanidad,

¹⁶ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (París, 9 de diciembre de 1948), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 78, núm. 1021, pág. 277 (en adelante, “Convención contra el Genocidio”).

¹⁷ Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña (Ginebra, 12 de agosto de 1949), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 75, núm. 970, pág. 31 (en adelante, “Convenio de Ginebra I”); Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar (Ginebra, 12 de agosto de 1949), *ibid.*, núm. 971, pág. 85 (en adelante, “Convenio de Ginebra II”); Convenio de Ginebra relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949), *ibid.*, núm. 972, pág. 135 (en adelante, “Convenio de Ginebra III”); Convenio de Ginebra relativo a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949), *ibid.*, núm. 973, pág. 287 (en adelante, “Convenio de Ginebra IV”); Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Ginebra, 8 de junio de 1977), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1125, núm. 17512, pág. 3 (en adelante, “Protocolo I”).

¹⁸ Véase *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, fallo de 3 de febrero de 2015, párr. 139 (“El Tribunal recuerda que, en 2007, sostuvo que la intención de destruir a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal es específica del genocidio y lo distingue de otros actos delictivos conexos como los crímenes de lesa humanidad y la persecución.”) (citando *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, fallo, *I.C.J. Reports 2007*, págs. 43 y ss., en especial págs. 121 y 122, párrs. 187 y 188).

como la corrupción¹⁹ o la delincuencia organizada²⁰. Por consiguiente, una convención universal sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad podría ser un instrumento complementario importante en el marco actual del derecho internacional y, en particular, en la esfera del derecho internacional humanitario, el derecho penal internacional y el derecho internacional de los derechos humanos. Una convención de esa índole podría poner aún más de relieve la necesidad de prevenir y sancionar esos crímenes, así como ayudar a los Estados a aprobar legislación y armonizar la existente al respecto, favoreciendo así una cooperación interestatal más eficaz en materia de prevención, investigación y enjuiciamiento de los crímenes de lesa humanidad. Al crear una red de cooperación, como se ha hecho en relación con otros delitos, se negaría el refugio a los infractores, lo que, cabe esperar, contribuiría tanto a desalentar desde un primer momento ese tipo de conducta como a asegurar la rendición de cuentas una vez cometidos los hechos.

3) Así pues, en la propuesta relativa al presente tema aprobada por la Comisión en su 65º período de sesiones, celebrado en 2013, se señala que “el objetivo de la Comisión de Derecho Internacional a este respecto consistiría en redactar un proyecto de artículos que se convertiría en una convención para la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad”²¹. De conformidad con su práctica, y en espera de que los Estados tomen una decisión sobre la utilización o no del presente proyecto de artículos como base de una convención, la Comisión no ha empleado el lenguaje técnico característico de los tratados (por ejemplo, referirse a los “Estados partes”), ni ha redactado cláusulas finales sobre aspectos como la ratificación, las reservas, la entrada en vigor o las enmiendas.

4) El proyecto de artículos evita los conflictos con las obligaciones que incumban a los Estados en virtud de los instrumentos constitutivos de las cortes o tribunales penales internacionales o “híbridos” (que combinan elementos del derecho internacional y del derecho nacional), como la Corte Penal Internacional. Mientras que el Estatuto de Roma de 1998, por el que se establece la Corte Penal Internacional, regula las relaciones entre dicha Corte y sus Estados partes (una relación “vertical”), el presente proyecto de artículos se centra en la aprobación de legislación nacional y en la cooperación entre Estados (una relación “horizontal”). La parte IX del Estatuto de Roma de 1998, titulada “De la cooperación internacional y la asistencia judicial”, da por sentado que la cooperación entre Estados en relación con los crímenes que entran en el ámbito de competencia de la Corte Penal Internacional seguirá existiendo sin perjuicio del Estatuto de Roma de 1998, pero no se ocupa por sí misma de la regulación de esa cooperación. El proyecto de artículos aborda la cooperación entre Estados para prevenir los crímenes de lesa humanidad, así como para investigar, detener, enjuiciar, extraditar y sancionar en el ámbito del derecho interno a las personas que cometan tales crímenes, un objetivo compatible con el Estatuto de Roma de 1998. En ese sentido, contribuye a la aplicación del principio de complementariedad previsto en el Estatuto de Roma de 1998. Por último, los instrumentos constitutivos de cortes o tribunales penales internacionales o híbridos se ocupan del enjuiciamiento de los autores de crímenes que entran dentro de su competencia, pero no de las medidas que deben tomar los Estados para prevenir esos crímenes antes de que se cometan o mientras se están cometiendo.

Preámbulo

[...]

Teniendo presente que, a lo largo de la historia, millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de crímenes que conmueven profundamente la conciencia de la humanidad,

¹⁹ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Nueva York, 31 de octubre de 2003), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2349, núm. 42146, pág. 41.

²⁰ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Nueva York, 15 de noviembre de 2000), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2225, núm. 39574, pág. 209.

²¹ Véase Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 65º período de sesiones (2013), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10)*, anexo B, párr. 3.

Reconociendo que los crímenes de lesa humanidad constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar del mundo,

Reconociendo además que la prohibición de los crímenes de lesa humanidad es una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*),

Afirmando que los crímenes de lesa humanidad, que forman parte de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, han de prevenirse de conformidad con el derecho internacional,

Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de tales crímenes,

Recordando la definición de crímenes de lesa humanidad establecida en el artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional,

Recordando también que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal con respecto a los crímenes de lesa humanidad,

Tomando en consideración que, puesto que los crímenes de lesa humanidad no han de quedar impunes, ha de asegurarse el enjuiciamiento efectivo de esos crímenes mediante la adopción de medidas a escala nacional y el fomento de la cooperación internacional, entre otras cosas en materia de extradición y asistencia judicial recíproca,

Tomando en consideración también los derechos de las víctimas, los testigos y otras personas en relación con los crímenes de lesa humanidad, así como el derecho de los presuntos infractores a un trato justo,

[...]

Comentario

- 1) El preámbulo tiene por objeto establecer un marco conceptual para el proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad, determinando el contexto general en que se elaboró el tema y los objetivos principales del proyecto de artículos. En parte, se inspira en la formulación utilizada en los preámbulos de los tratados internacionales sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, como la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998²².
- 2) El primer párrafo del preámbulo recuerda el hecho de que, a lo largo de la historia, millones de personas han sido víctimas de actos que conmueven profundamente la conciencia de la humanidad. Cuando esos actos, por su gravedad, constituyen ataques graves a la propia humanidad, se consideran crímenes de lesa humanidad.
- 3) El segundo párrafo del preámbulo reconoce que esos crímenes ponen en peligro valores contemporáneos importantes (“la paz, la seguridad y el bienestar del mundo”). Con ello se hace eco de los propósitos establecidos en el Artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas y destaca el vínculo existente entre el objetivo de la justicia penal y el mantenimiento de la paz y la seguridad.
- 4) El tercer párrafo del preámbulo reconoce que la prohibición de los crímenes de lesa humanidad no solo es una norma de derecho internacional; se trata de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Como tal, esa prohibición es aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter²³. La Comisión ha indicado anteriormente que la prohibición de los crímenes de lesa humanidad está

²² Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2187, núm. 38544, pág. 3 (en adelante, “Estatuto de Roma”).

²³ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 23 de mayo de 1969), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, núm. 18232, pág. 331, art. 53.

claramente aceptada y reconocida como norma imperativa de derecho internacional²⁴. La Corte Internacional de Justicia ha señalado que la prohibición de determinados actos, como la tortura²⁵, tiene carácter de *ius cogens*²⁶, lo que, a mayor abundamiento, parece indicar que la prohibición de cometer de forma generalizada o sistemática esos actos constitutivos de crímenes de lesa humanidad también tendría carácter de *ius cogens*²⁷.

5) Como se indica en el proyecto de artículo 1 que figura a continuación, el presente proyecto de artículos tiene dos objetivos generales: la prevención y la sanción de los crímenes de lesa humanidad. El cuarto párrafo del preámbulo se centra en el primero de estos dos objetivos (la prevención); anticipa las obligaciones que figuran en los artículos 2, 4 y 5 del presente proyecto de artículos al afirmar que los crímenes de lesa humanidad han de prevenirse de conformidad con el derecho internacional. Al hacerlo, este párrafo indica que esos crímenes forman parte de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto.

6) El quinto párrafo del preámbulo pone de manifiesto el vínculo existente entre el primer objetivo general (la prevención) y el segundo objetivo general (la sanción) del presente proyecto de artículos al señalar que la prevención se fomenta poniendo fin a la impunidad de los autores de esos crímenes.

7) Los párrafos sexto a noveno del preámbulo se centran en el segundo de los dos objetivos generales (la sanción). En el sexto párrafo del preámbulo se recuerda, como punto de partida, la definición de crímenes de lesa humanidad establecida en el artículo 7 del Estatuto de Roma de 1998 de la Corte Penal Internacional. Esa definición se utiliza en el proyecto de artículo 3 del presente proyecto de artículos y, junto con los proyectos de artículo 6 y 7, identifica los delitos respecto de los cuales los Estados han de establecer su competencia en la legislación penal nacional.

8) El séptimo párrafo del preámbulo recuerda que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal con respecto a los crímenes de lesa humanidad. Entre otras cosas, ese párrafo avanza los proyectos de artículo 8 a 10, relativos a la investigación de los crímenes de lesa humanidad, la adopción de determinadas medidas cuando el presunto infractor se encuentre en el territorio del Estado y el sometimiento del asunto a las autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, a menos que se extradite o entregue al presunto infractor a otro Estado o tribunal internacional competente.

9) El octavo párrafo del preámbulo establece que ha de asegurarse el enjuiciamiento efectivo de los crímenes de lesa humanidad mediante la adopción de medidas a escala nacional y el fomento de la cooperación internacional. Esa cooperación también se aplica al

²⁴ *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 91, párr. 5) del comentario del art. 26 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (donde se señala que “esas normas imperativas que son claramente aceptadas y reconocidas comprenden [la] prohibición de [...] delitos contra la humanidad”); véase también Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional, informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, elaborado por Martti Koskeniemi (A/CN.4/L.682 y Corr.1 y Add.1), párr. 374 (donde se indica que los crímenes de lesa humanidad figuran entre “las reglas más frecuentemente citadas para el rango de *ius cogens*”).

²⁵ Véase Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1465, núm. 24841, pág. 85 (en adelante, “Convención contra la Tortura”).

²⁶ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 422 y ss., en especial pág. 457, párr. 99.

²⁷ Véanse *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 99 y ss., en especial pág. 141, párr. 95 (donde se indica que las normas que prohíben los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad en cuestión en la causa *Arrest Warrant* “poseen sin duda carácter de *ius cogens*”); *Almonacid-Arellano y otros Vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 154, párr. 96 (donde se reconoce el carácter de *ius cogens* de los crímenes de lesa humanidad); *Prosecutor v. Furundžija*, causa núm. IT-95-17/1-T, fallo, 10 de diciembre de 1998, Sala de Primera Instancia II, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Judicial Reports 1998*, párr. 153 (*idem*); *Al-Adsani v. United Kingdom*, demanda núm. 35763/97, sentencia de 21 de noviembre de 2001, Gran Sala, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2001-XI (*idem*), párr. 61.

ámbito de la extradición y la asistencia judicial recíproca, aspectos en los que se centran los proyectos de artículo 13 y 14, y el proyecto de anexo.

10) El noveno párrafo del preámbulo señala que ha de prestarse atención a los derechos de las personas al abordar los crímenes de lesa humanidad. La referencia a los derechos de las víctimas, los testigos y otras personas anticipa las disposiciones enunciadas en el proyecto de artículo 12, incluido el derecho a denunciar los hechos ante las autoridades competentes, participar en las actuaciones penales y obtener una reparación. Al mismo tiempo, la referencia al derecho del presunto infractor a un trato justo es un anticipo de las disposiciones enunciadas en el proyecto de artículo 11, incluido el derecho a un juicio imparcial y, cuando proceda, el acceso a las autoridades consulares.

Artículo 1 **Ámbito de aplicación**

El presente proyecto de artículos se aplicará a la prevención y sanción de los crímenes de lesa humanidad.

Comentario

1) El proyecto de artículo 1 establece el ámbito de aplicación del presente proyecto de artículos indicando que se aplica tanto a la prevención como a la sanción de los crímenes de lesa humanidad. La prevención de los crímenes de lesa humanidad se centra en impedir que se cometan esos crímenes, mientras que la sanción de los crímenes de lesa humanidad se centra en las actuaciones penales que se inician contra las personas tras la comisión de tales crímenes o cuando se están cometiendo.

2) El presente proyecto de artículos se centra exclusivamente en los crímenes de lesa humanidad, que son crímenes internacionales graves allá donde se cometan. No se ocupa de otros crímenes internacionales graves, como el genocidio, los crímenes de guerra o el crimen de agresión. Aunque se señaló que este tema podría incluir también esos crímenes, la Comisión decidió centrarse en los crímenes de lesa humanidad.

Artículo 2 **Obligación general**

Los crímenes de lesa humanidad, cometidos o no en tiempo de conflicto armado, son crímenes según el derecho internacional que los Estados se comprometen a prevenir y sancionar.

Comentario

1) El proyecto de artículo 2 enuncia una obligación general de los Estados de prevenir y sancionar los crímenes de lesa humanidad. El contenido de esta obligación general se detalla en las diversas obligaciones más específicas establecidas en los proyectos de artículo que van a continuación, empezando por el proyecto de artículo 4. En esas obligaciones específicas se examinan medidas que los Estados han de adoptar en el marco de sus ordenamientos jurídicos, así como cooperando con otros Estados, organizaciones intergubernamentales pertinentes y, según proceda, con otras organizaciones.

2) Al expresar esta obligación general, el proyecto de artículo 2 reconoce que los crímenes de lesa humanidad son “crímenes según el derecho internacional”. El Estatuto del Tribunal Militar Internacional establecido en Nuremberg²⁸ (en adelante, “Estatuto de Nuremberg”) incluyó los “crímenes de lesa humanidad” como parte de la competencia del Tribunal. Entre otras cosas, el Tribunal señaló que “las personas pueden ser sancionadas por vulnerar el derecho internacional. Los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por personas físicas, no por entidades abstractas, y solo sancionando a las personas que cometen tales crímenes se pueden hacer cumplir las disposiciones del derecho

²⁸ Acuerdo concerniente al Juicio y Castigo de los Principales Criminales de Guerra de las Potencias del Eje Europeo y Estatuto del Tribunal Militar Internacional, art. 6 c) (Londres, 8 de agosto de 1945), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 82, pág. 279 (en adelante, “Estatuto de Nuremberg”).

internacional”²⁹. Los crímenes de lesa humanidad también entraban dentro de la competencia del Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente (en adelante, “Tribunal de Tokio”)³⁰.

3) Los principios del derecho internacional reconocidos en el Estatuto de Nuremberg fueron recordados y reafirmados en 1946 por la Asamblea General³¹, que también encargó a la Comisión que “formul[ara]” los principios del Estatuto de Nuremberg y preparara un proyecto de código en materia de delitos³². En 1950 la Comisión elaboró los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg, en los que se decía que los crímenes de lesa humanidad eran “sancionables como crímenes según el derecho internacional”³³. Asimismo, la Comisión finalizó en 1954 un proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, que incluía en su artículo 2, párrafo 11, una serie de actos inhumanos que en la actualidad se consideran crímenes de lesa humanidad y afirmaba en su artículo 1 que “[l]os delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, definidos en el presente código, son delitos de derecho internacional, por los cuales serán castigados los individuos responsables”³⁴.

4) La consideración de los crímenes de lesa humanidad como “crímenes según el derecho internacional” indica que existen como crímenes con independencia de que la conducta haya sido tipificada en el derecho interno. El Estatuto de Nuremberg definió los crímenes de lesa humanidad como la comisión de determinados actos, “constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron” (art. 6 c)). En 1996, la Comisión concluyó un proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, que disponía, entre otras cosas, que los crímenes de lesa humanidad eran “crímenes de derecho internacional punibles en cuanto tales, est[uvieran] o no sancionados en el derecho nacional”³⁵. No cabe duda de la gravedad de esos crímenes; la Comisión ha indicado anteriormente que la prohibición de los crímenes de lesa humanidad está claramente aceptada y reconocida como norma imperativa de derecho internacional.

5) El proyecto de artículo 2 también identifica los crímenes de lesa humanidad como crímenes según el derecho internacional, “cometidos o no en tiempo de conflicto armado”. La referencia al “conflicto armado” debe interpretarse en el sentido de que abarcan los conflictos armados tanto internacionales como no internacionales. La definición de crímenes de lesa humanidad que figura en el Estatuto de Nuremberg, en su versión modificada por el Protocolo de Berlín³⁶, estaba vinculada a la existencia de un conflicto armado internacional; los actos solo constituían crímenes según el derecho internacional si

²⁹ Sentencia de 30 de septiembre de 1946, Tribunal Militar Internacional, en *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal* (Nuremberg, 14 de noviembre de 1945 a 1 de octubre de 1946), vol. 22 (1948), pág. 466.

³⁰ Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente, art. 5 c) (Tokio, 19 de enero de 1946) (enmendado el 26 de abril de 1946), *Treaties and Other International Agreements of the United States of America 1776-1949*, vol. 4, C. Bevans (ed.) (Washington, D.C., Departamento de Estado, 1968), págs. 20 y ss., en especial pág. 23, art. 5 c) (en adelante, “Estatuto de Tokio”). No obstante, nadie fue declarado culpable de este crimen por dicho Tribunal.

³¹ Confirmación de los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, resolución 95 (I) de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 1946.

³² Formulación de los principios reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg, resolución 177 (II) de la Asamblea General, de 21 de noviembre de 1947.

³³ *Yearbook...*, 1950, vol. II, documento A/1316, tercera parte, pág. 376 (principio VI).

³⁴ *Yearbook...*, 1954, vol. II, pág. 150.

³⁵ *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), pág. 19, párr. 50 (art. 1). El proyecto de código de 1996 contenía cinco categorías de crímenes, una de las cuales estaba constituida por los crímenes de lesa humanidad.

³⁶ Protocolo de Rectificación de Discrepancias en el Texto del Estatuto (Berlín, 6 de octubre de 1945), en *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal* (Nuremberg, 14 de noviembre de 1945 a 1 de octubre de 1946), vol. 1 (1947), págs. 17 y 18 (en adelante, “Protocolo de Berlín”). El Protocolo de Berlín sustituyó un punto y coma tras las palabras “antes de la guerra o durante la misma” por una coma, a fin de armonizar los textos en francés e inglés con el texto en ruso. *Ibid.*, pág. 17. Ello tuvo por efecto vincular la primera parte de la disposición con la parte final (“en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con estos”) y, por lo tanto, con la existencia de un conflicto armado internacional.

se cometían “en ejecución de” crímenes que fueran competencia del Tribunal Militar Internacional “o en relación con” dichos crímenes, es decir, los crímenes contra la paz o los crímenes de guerra. Por tanto, la justificación para ocuparse de cuestiones que tradicionalmente entraban dentro de la competencia nacional de un Estado se basaba en la conexión del crimen con un conflicto interestatal. Esta conexión, a su vez, sugería la comisión de crímenes atroces a gran escala, tal vez como parte de un patrón de conducta³⁷. El Tribunal Militar Internacional, encargado de juzgar a los altos dirigentes políticos y militares del Tercer Reich, condenó a varios acusados por crímenes de lesa humanidad cometidos durante la guerra, aunque en algunos casos la relación de esos crímenes con otros que entraban dentro de la competencia del Tribunal Militar Internacional era tenue³⁸.

6) Los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg, elaborados por la Comisión en 1950, también definían los crímenes de lesa humanidad en el principio VI c) de una manera que requería una conexión con un conflicto armado³⁹. En su comentario a este principio, la Comisión hizo hincapié en que el crimen no tiene que cometerse necesariamente durante una guerra, si bien mantuvo que los crímenes cometidos con anterioridad a una guerra deben tener conexión con un crimen contra la paz⁴⁰. Al mismo tiempo, la Comisión sostuvo que “ciertos actos pueden ser crímenes de lesa humanidad aunque su autor los cometa contra su propia población”⁴¹. La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968 hacía referencia, en su artículo I b), a “[l]os crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I), de 13 de febrero de 1946, y 95 (I), de 11 de diciembre de 1946”⁴².

7) La competencia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia incluía los “crímenes de lesa humanidad”. El artículo 5 del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia dispone que el Tribunal tendrá competencia para enjuiciar a las personas responsables de una serie de actos (tales como asesinatos, torturas o violaciones) “cuando hayan sido cometidos contra la población civil durante un conflicto armado, interno o internacional”⁴³. Así pues, en la formulación utilizada en el artículo 5 se mantuvo una conexión con los conflictos armados, si bien se entiende mejor teniendo presente su contexto. El Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia se elaboró en 1993

³⁷ Véase Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas, *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War* (His Majesty's Stationery Office, 1948), pág. 179 (“Solo los delitos que, por su magnitud y crueldad o por sus grandes proporciones, o por seguir un mismo patrón aplicado en diferentes momentos y lugares, hubieran puesto en peligro a la comunidad internacional o sacudido la conciencia de la humanidad justificaban la intervención de Estados distintos de aquel en cuyo territorio se hubieran realizado los actos, o cuyos súbditos fueran las víctimas”).

³⁸ Véase, por ejemplo, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, causa núm. IT-95-16-T, fallo, 14 de enero de 2000, Sala de Primera Instancia, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 576 (donde se observa el tenue vínculo que existía entre los crímenes de lesa humanidad cometidos por Baldur von Schirach y los demás delitos que entraban dentro de la competencia del Tribunal Militar Internacional), *Judicial Supplement No. 11*, enero de 2000.

³⁹ *Yearbook... 1950*, vol. II, documento A/1316, tercera parte, pág. 377.

⁴⁰ *Ibid.*, párr. 123.

⁴¹ *Ibid.*, párr. 124.

⁴² Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (Nueva York, 26 de noviembre de 1968), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 754, núm. 10823, pág. 73. En julio de 2017, eran parte en esa Convención 55 Estados. Para consultar una convención regional de carácter similar, véase el Convenio Europeo sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad y los Crímenes de Guerra (Estrasburgo, 25 de enero de 1974), Consejo de Europa, *Treaty Series*, núm. 82. En julio de 2017, eran parte en ese Convenio 8 Estados.

⁴³ Estatuto del Tribunal Internacional para el Enjuiciamiento de los Presuntos Responsables de las Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario Cometidas en el Territorio de la ex-Yugoslavia desde 1991, aprobado por el Consejo de Seguridad en su resolución 827 (1993) de 25 de mayo de 1993 y contenido en el informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, S/25704 y Add.1, anexo, art. 5 (en adelante, “Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia”).

en el entendimiento de que en la ex-Yugoslavia existía de hecho un conflicto armado; el Consejo de Seguridad ya había determinado que la situación constituía una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, lo que dio lugar a que el Consejo ejerciera las facultades de acción coercitiva previstas en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Así, la formulación utilizada en el artículo 5 (“conflicto armado”) fue concebida fundamentalmente para disipar la noción de que los crímenes de lesa humanidad tenían que estar vinculados con un “conflicto armado internacional”. Dado que esta formulación podía dar a entender que el derecho internacional consuetudinario requiere que haya un nexo con un conflicto armado, la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia aclaró posteriormente que no había “base lógica o jurídica” para mantener la relación con un conflicto armado, ya que “se ha abandonado” en la práctica de los Estados desde Nuremberg⁴⁴. La Sala de Apelaciones también observó que la “obsolescencia del requisito del vínculo se pone de manifiesto en las convenciones internacionales sobre el genocidio y el *apartheid*, que prohíben determinados tipos de crímenes de lesa humanidad, con independencia de cualquier relación con los conflictos armados”⁴⁵. De hecho, la Sala de Apelaciones mantuvo posteriormente que esa conexión en el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia se limitaba simplemente a circunscribir la competencia *ratione materiae* del Tribunal, y no suponía una codificación del derecho internacional consuetudinario⁴⁶.

8) En 1994 el Consejo de Seguridad estableció el Tribunal Penal Internacional para Rwanda y le confirió competencia para conocer de “crímenes de lesa humanidad”. Aunque el artículo 3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda reprodujo la misma serie de actos que figuraban en el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, en el encabezamiento del texto no se mantuvo la referencia a los conflictos armados⁴⁷. Del mismo modo, el artículo 7 del Estatuto de Roma de 1998, tampoco mantuvo ninguna referencia a los conflictos armados.

9) Así, mientras que las primeras definiciones de crímenes de lesa humanidad exigían que los actos subyacentes se llevaran a cabo en relación con un conflicto armado, esa conexión ha desaparecido de los estatutos de los tribunales penales internacionales contemporáneos, incluido el Estatuto de Roma de 1998. En su lugar, tal y como se dice más abajo en relación con el proyecto de artículo 3, hay unos requisitos “generales” conforme a los cuales es necesario que el crimen se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil, de conformidad con la

⁴⁴ *Prosecutor v. Duško Tadić a/k/a “Dule”*, causa núm. IT-94-1-AR72, decisión sobre la moción presentada por la defensa relativa a una apelación interlocutoria sobre la jurisdicción, 2 de octubre de 1995, Sala de Apelaciones, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Judicial Reports 1994-1995*, vol. I, párr. 140. Véase también *International Legal Materials (ILM)*, vol. 35, núm. 1 (enero de 1996), párr. 140.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Véase, por ejemplo, *Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Čerkez*, causa núm. IT-95-14/2-T, fallo, 26 de febrero de 2001, Sala de Primera Instancia, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 33, *Judicial Supplement No. 24*, abril/mayo de 2001; *Prosecutor v. Duško Tadić*, causa núm. IT-94-1-A, fallo, 15 de julio de 1999, Sala de Apelaciones, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, párrs. 249 a 251, *Judicial Supplement No. 6*, junio/julio de 1999. Véase también ILM, vol. 38 (1999) (“[E]l requisito del conflicto armado se cumple demostrando que *existía* un conflicto armado; eso es todo lo que el Estatuto requiere, con lo que demanda más de lo que exige el derecho internacional consuetudinario”).

⁴⁷ Estatuto del Tribunal Penal Internacional para el Enjuiciamiento de los Presuntos Responsables de Genocidio y Otras Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario Cometidas en el Territorio de Rwanda y de los Ciudadanos Rwandeses Presuntamente Responsables de Genocidio y Otras Violaciones de Esa Naturaleza Cometidas en el Territorio de Estados Vecinos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994, resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad, de 8 de noviembre de 1994, anexo, art. 3 (en adelante, “Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda”); véase *Semanza v. Prosecutor*, causa núm. ICTR-97-20-A, fallo, 20 de mayo de 2005, Sala de Apelaciones, Tribunal Penal Internacional para Rwanda, párr. 269 (“a diferencia del artículo 5 [del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia], el artículo 3 [del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda] no exige que se cometan los crímenes en el contexto de un conflicto armado. Se trata de una distinción importante”).

política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política.

Artículo 3

Definición de crímenes de lesa humanidad

1. A los efectos del presente proyecto de artículos, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) asesinato;
- b) exterminio;
- c) esclavitud;
- d) deportación o traslado forzoso de población;
- e) encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- f) tortura;
- g) violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;
- h) persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, según se define en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con el crimen de genocidio o crímenes de guerra;
- i) desaparición forzada de personas;
- j) el crimen de *apartheid*;
- k) otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

2. A los efectos del párrafo 1:

- a) por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política.
- b) el “exterminio” comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras cosas, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población.
- c) por “esclavitud” se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños.
- d) por “deportación o traslado forzoso de población” se entenderá el desplazamiento forzoso de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional.
- e) por “tortura” se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas.

f) por “embarazo forzado” se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo.

g) por “persecución” se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad.

h) por “el crimen de *apartheid*” se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.

i) por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

3. A los efectos del presente proyecto de artículos se entenderá que el término “género” se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término “género” no tendrá más acepción que la que antecede.

4. El presente proyecto de artículo se entiende sin perjuicio de cualquier otra definición más amplia prevista en cualquier instrumento internacional o legislación nacional.

Comentario

1) Los tres primeros párrafos del proyecto de artículo 3 establecen, a los efectos del presente proyecto de artículos, una definición de “crimen de lesa humanidad”. El texto de estos tres párrafos reproduce literalmente el texto del artículo 7 del Estatuto de Roma de 1998, con la excepción de tres cambios no sustantivos (que se exponen más abajo), necesarios dado el diferente contexto en que se usa la definición. El párrafo 4 del proyecto de artículo 3 es una cláusula “sin perjuicio” que indica que esta definición no afecta a cualquier otra definición más amplia prevista en los instrumentos internacionales o la legislación nacional.

Definiciones de otros instrumentos

2) Desde 1945 se han venido utilizando diversas definiciones de “crímenes de lesa humanidad”, tanto en instrumentos internacionales como en la legislación nacional que ha tipificado el delito. El Estatuto de Nuremberg, en su artículo 6 c), definía los “crímenes de lesa humanidad” como:

el asesinato, la exterminación, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra una población civil antes de la guerra o durante la misma, o la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con estos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron.

3) En cambio, el principio VI c) de los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg elaborados por la Comisión en 1950 definía los crímenes de lesa humanidad como: “El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra una población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando

tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra, o en relación con él”⁴⁸.

4) Asimismo, el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, elaborado por la Comisión en 1954, identificó como uno de esos delitos: “Los actos inhumanos, tales como el asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación o las persecuciones contra cualquier población civil por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales, perpetrados por las autoridades de un Estado o por particulares que actúen por instigación de dichas autoridades o con su tolerancia”⁴⁹.

5) El artículo 5 del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia de 1993, disponía que el Tribunal “tendrá competencia para enjuiciar a los [...] responsables” de una serie de actos (tales como asesinatos, torturas o violaciones) “cuando hayan sido cometidos contra la población civil durante un conflicto armado, interno o internacional”. Aunque el informe del Secretario General de las Naciones Unidas proponía que este artículo indicara que los crímenes de lesa humanidad “son actos inhumanos de carácter gravísimo [...] cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones nacionales, políticas, étnicas, raciales o religiosas”⁵⁰, no se recogió esa formulación específica en el texto del artículo 5.

6) En cambio, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda de 1994, en su artículo 3, mantuvo la misma serie de actos, pero en la redacción del encabezamiento se introdujo la formulación del informe del Secretario General de 1993 “crímenes [...], cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil” y añadió “por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas...”. Así pues, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda dispuso expresamente que era necesaria una intención discriminatoria para establecer el crimen. El proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad elaborado por la Comisión en 1996 también definió los “crímenes de lesa humanidad” como una serie de actos específicos de “comisión sistemática o en gran escala e instigada o dirigida por un Gobierno o por una organización o grupo”, pero no incluyó la formulación de la intención discriminatoria⁵¹. Los crímenes de lesa humanidad también han sido definidos en el ámbito de competencia de cortes o tribunales penales híbridos⁵².

7) El artículo 5, párrafo 1 b), del Estatuto de Roma de 1998, enumera los crímenes de lesa humanidad que entran dentro de la competencia de la Corte Penal Internacional. El artículo 7, párrafo 1, define el “crimen de lesa humanidad” como cualquiera de una serie de actos “cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”. El artículo 7, párrafo 2, contiene una serie de definiciones que, entre otras cosas, aclaran que por ataque contra una población civil “se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política” (párr. 2 a)). El artículo 7, párrafo 3, dispone que: “se entenderá que el término ‘género’ se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término ‘género’ no tendrá más acepción que la que antecede”. El artículo 7, párrafo 1 h), no mantiene la vinculación con un conflicto armado que caracterizaba al Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia ni el requisito de la intención discriminatoria recogido

⁴⁸ *Yearbook... 1950*, vol. II, documento A/1316, tercera parte, pág. 377, párr. 119.

⁴⁹ *Yearbook... 1954*, vol. II, pág. 150, párr. 50 (art. 2, párr. 11).

⁵⁰ Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, documento S/25704 y Corr.1, págs. 13 y 14, párr. 48.

⁵¹ *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), pág. 51, art. 18.

⁵² Véanse, por ejemplo, Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona sobre el Establecimiento del Tribunal Especial Residual para Sierra Leona (con el Estatuto) (Freetown, 16 de enero de 2002), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2178, núm. 38342, págs. 137 y ss., en especial pág. 145 (en adelante, “Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona”); Ley sobre el Establecimiento de Salas Especiales de los Tribunales de Camboya para el Procesamiento de los Crímenes Cometidos en el Período de la Kampuchea Democrática, 27 de octubre de 2004, art. 5 (en adelante, “Salas Especiales del Acuerdo de Camboya”).

en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda (salvo en el caso de los actos de persecución).

8) La definición de “crimen de lesa humanidad” que contiene el artículo 7 del Estatuto de Roma de 1998 ha sido aceptada por más de 120 Estados partes en ese instrumento y es utilizada en la actualidad por muchos Estados cuando aprueban o modifican legislación nacional. La Comisión estimó que el artículo 7 constituía una base adecuada para definir esos crímenes en los párrafos 1 a 3 del proyecto de artículo 3. De hecho, se reproduce literalmente el texto del artículo 7, con excepción de tres cambios que no tienen carácter sustantivo y que son necesarios habida cuenta del contexto diferente en que se utiliza la definición. En primer lugar, la frase inicial del párrafo 1 dice “A los efectos del presente proyecto de artículos” en lugar de “A los efectos del presente Estatuto”. En segundo lugar, se ha introducido el mismo cambio en la frase inicial del párrafo 3. En tercer lugar, en el artículo 7, párrafo 1 h), del Estatuto de Roma de 1998, se tipifican los actos de persecución cuando se realizan “en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte”. También en este caso, para adaptarla al contexto diferente, esa frase dice en el proyecto de artículo 3 “en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con el crimen de genocidio o crímenes de guerra”. En un momento dado, la Corte Penal Internacional podría tener competencia para enjuiciar el crimen de agresión cuando se cumplan los requisitos establecidos en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de 1998 de la Corte Penal Internacional en cuyo caso puede que sea necesario volver a examinar el párrafo.

Párrafos 1 a 3

9) La definición de “crímenes de lesa humanidad” establecida en los párrafos 1 a 3 del proyecto de artículo 3 contiene tres requisitos generales que merecen cierto análisis. Estos requisitos, que aparecen íntegramente en el párrafo 1, han sido aclarados en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional y de otras cortes y tribunales internacionales o híbridos. La definición también enumera los actos prohibidos subyacentes que constituyen crímenes de lesa humanidad y detalla varios términos usados dentro de la definición, lo que da lugar a definiciones dentro de la definición. Sin duda, la jurisprudencia que vayan creando la Corte Penal Internacional y otros tribunales internacionales o híbridos seguirá ayudando a informar a las autoridades nacionales, incluidos los tribunales de justicia, del sentido de esta definición, lo que a su vez promoverá criterios armonizados a escala nacional. La Comisión observa que sigue creándose, con el paso del tiempo, jurisprudencia pertinente, de suerte que el análisis que figura más abajo solo pretende señalar algunos de los parámetros de estos términos a julio de 2017.

“Ataque generalizado o sistemático”

10) El primer requisito general es que los actos han de cometerse como parte de un ataque “generalizado o sistemático”. Este requisito apareció por primera vez en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda⁵³, aunque, en algunas decisiones, el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia sostuvo que el requisito estaba implícito incluso en su Estatuto, habida cuenta de la inclusión de esas palabras en el informe del Secretario General en que se proponía el Estatuto⁵⁴. La jurisprudencia de ambos Tribunales sostuvo que las

⁵³ A diferencia de la versión en inglés, la versión en francés del artículo 3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda utilizó una formulación conjuntiva (“généralisée et systématique”). En la causa *Akayesu*, la Sala de Primera Instancia indicó lo siguiente: “En la versión original en francés del Estatuto, esos requisitos se habían redactado de manera acumulativa [...], lo que elevó significativamente el umbral para la aplicación de esta disposición. Puesto que el derecho internacional consuetudinario exige únicamente que el ataque sea generalizado o sistemático, hay suficientes motivos para suponer que la versión en francés adolece de un error en la traducción”. *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, causa núm. ICTR-96-4-T, fallo, 2 de septiembre de 1998, Sala de Primera Instancia I, Tribunal Penal Internacional para Rwanda, párr. 579, nota 144.

⁵⁴ *Prosecutor v. Blaškić*, causa núm. IT-95-14-T, fallo, 3 de marzo de 2000, Sala de Primera Instancia, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Judicial Reports 2000*, párr. 202; *Prosecutor v. Duško Tadić a/k/a “Dule”*, causa núm. IT-94-1-T, opinión y fallo, 7 de mayo de 1997, Sala de Primera Instancia, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Judicial Reports 1997*, párr. 648.

condiciones de “generalizado” y “sistemático” eran requisitos disyuntivos en lugar de conjuntivos; podía darse cualquiera de esas dos condiciones para establecer la existencia del crimen⁵⁵. Esta interpretación del requisito de que el ataque sea generalizado/sistemático también se refleja en el comentario de la Comisión sobre el proyecto de código de crímenes de 1996, en el que afirmó que “un acto podría constituir un crimen contra la humanidad si se diera cualquiera de esos dos requisitos [de carácter sistemático o de escala]”⁵⁶.

11) Cuando se examinó esta norma a los efectos del Estatuto de Roma de 1998, algunos Estados dijeron que las condiciones “generalizado” y “sistemático” debían ser requisitos conjuntivos (ambos debían estar presentes para establecer la existencia del crimen), porque, de lo contrario, la norma incluiría demasiados supuestos⁵⁷. De hecho, según esos Estados, si la comisión “generalizada” de actos fuese suficiente por sí sola, oleadas espontáneas de crímenes generalizados, pero no relacionados entre sí, constituirían crímenes de lesa humanidad. Debido a esa preocupación, se llegó a una solución de compromiso que consistía en mantener esas condiciones con carácter disyuntivo⁵⁸, pero añadiendo en el artículo 7, párrafo 2 a), del Estatuto de Roma de 1998, una definición de “ataque contra una población civil”, que, como se indica en los párrafos 17) a 27) del comentario al presente proyecto de artículo, contiene un elemento de política.

12) Según la Sala de Primera Instancia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia en la causa *Kunarac*, “el adjetivo ‘generalizado’ se refiere al carácter a gran escala del

⁵⁵ Véanse, por ejemplo, *Prosecutor v. Mile Mrkšić, Miroslav Radić and Veselin Šljivančanin*, causa núm. IT-95-13/1-T, fallo, 27 de septiembre de 2007, Sala de Primera Instancia II, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 437 (“[E]l ataque debe ser generalizado o sistemático, siendo los requisitos disyuntivos y no acumulativos.”); *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, causa núm. ICTR-95-1-T, fallo, 21 de mayo de 1999, Sala de Primera Instancia, Tribunal Penal Internacional para Rwanda, párr. 123 (“El ataque debe responder a una de las condiciones alternativas de ser generalizado o sistemático.”); *Akayesu*, fallo, 2 de septiembre de 1998 (véase la nota 53 *supra*), párr. 579; *Tadić*, opinión y fallo, 7 de mayo de 1997 (véase la nota 54 *supra*), párr. 648 (“si se concluye que hubo generalización [...] o sistematismo [...], se cumple este requisito”).

⁵⁶ *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), pág. 52, párr. 4) del comentario al art. 18. Véanse también el informe del Comité Especial sobre el establecimiento de una corte penal internacional, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 22 (A/50/22)*, párr. 78 (“los elementos que habría de tener en cuenta la definición de los crímenes de lesa humanidad: que estos crímenes [...] normalmente constituían ataques generalizados o sistemáticos”) (sin cursiva en el original); *Anuario...*, 1995, vol. II (segunda parte), párr. 90 (“las nociones de violaciones ‘sistemáticas’ y ‘masivas’ eran elementos complementarios de los crímenes considerados”); *Anuario...*, 1994, vol. II (segunda parte), pág. 42, párr. 14) del comentario al art. 21 (“la definición de crímenes de lesa humanidad abarca actos inhumanos de carácter muy grave que impliquen violaciones generalizadas o sistemáticas”) (sin cursiva en el original); y *Anuario...*, 1991, vol. II (segunda parte), pág. 112, párr. 3) del comentario al art. 21 (“basta con que esté presente uno de esos caracteres, el sistemático o el masivo, en cualquiera de los actos enumerados [...] para que exista la infracción”).

⁵⁷ Véase Naciones Unidas, *Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional*, Roma, 15 de junio a 17 de julio de 1998, *Documentos Oficiales*, vol. II, documento [A/CONF.183/13](#) (vol. II), págs. 162 y 163 (India); *ibid.*, pág. 165 (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Francia); *ibid.*, pág. 166 (Tailandia, Egipto); *ibid.*, pág. 167 (República Islámica del Irán); *ibid.*, pág. 169 (Turquía); *ibid.*, pág. 170 (Federación de Rusia); *ibid.*, pág. 171 (Japón).

⁵⁸ La jurisprudencia de la Corte Penal Internacional ha afirmado que los requisitos de que sea “generalizado” y “sistemático”, presentes en el artículo 7 del Estatuto de Roma, de 1998, son disyuntivos. Véase *Situation in the Republic of Kenya*, causa núm. ICC-01/09, decisión con arreglo al artículo 15 del Estatuto de Roma, de 1998, relativa a la autorización de una investigación sobre la situación en la República de Kenya, 31 de marzo de 2010, Sala de Cuestiones Preliminares II, Corte Penal Internacional, párr. 94; véase también *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, causa núm. ICC-01/05-01/08, decisión con arreglo al artículo 61, párrafo 7 a) y b), del Estatuto de Roma sobre los cargos, 15 de junio de 2009, Sala de Cuestiones Preliminares II, Corte Penal Internacional, párr. 82; *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, causa núm. ICC-01/05-01/08, fallo con arreglo al artículo 74 del Estatuto, 21 de marzo de 2016, Sala de Cuestiones Preliminares III, Corte Penal Internacional, párr. 162.

ataque y al número de víctimas”⁵⁹. Así pues, este requisito se refiere a una “multiplicidad de víctimas”⁶⁰ y excluye los actos aislados de violencia⁶¹, como el asesinato perpetrado contra víctimas individuales por parte de personas que actúen por su propia voluntad y no en el marco de una iniciativa más amplia. Ese tipo de ataque puede ser “a gran escala, frecuente, llevado a cabo de manera colectiva con considerable gravedad y dirigido contra diversas víctimas”⁶². Al mismo tiempo, un solo acto cometido por un autor individual puede constituir un crimen de lesa humanidad en caso de que se produzca en el contexto de una campaña más amplia⁶³. No hay una cifra mínima concreta de víctimas que haya de alcanzarse para que un ataque sea “generalizado”.

13) El carácter “generalizado” también puede tener una dimensión geográfica, de modo que el ataque se produzca en diferentes lugares⁶⁴. Así, en la causa *Bemba*, la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional consideró que había pruebas suficientes para establecer que un ataque había sido “generalizado” sobre la base de informes de ataques en diversos lugares en una amplia zona geográfica, incluidas pruebas de miles de violaciones, fosas comunes y un gran número de víctimas⁶⁵. Ahora bien, no se requiere una zona geográfica amplia; el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia ha

⁵⁹ *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković*, causa núm. IT-96-23-T y IT-96-23/1-T, fallo, 22 de febrero de 2001, Sala de Primera Instancia, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 428, *Judicial Supplement No. 23*, febrero/marzo de 2001; véanse también *Bemba*, fallo, 21 de marzo de 2016 (véase la nota 58 *supra*), párr. 163; *Prosecutor v. Germain Katanga*, causa núm. ICC-01/04-01/07, fallo, 7 de marzo de 2014, Sala de Primera Instancia II, Corte Penal Internacional, párr. 1123; *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, causa núm. ICC-01/04-01/07, decisión relativa a la confirmación de los cargos, 30 de septiembre de 2008, Sala de Cuestiones Preliminares I, Corte Penal Internacional, párr. 394; *Prosecutor v. Vidoje Blagojević and Dragan Jokić*, causa núm. IT-02-60-T, fallo, 17 de enero de 2005, Sala de Primera Instancia I, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, párrs. 545 y 546; *Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Čerkez*, causa núm. IT-95-14/2-A, fallo [y corrección], 17 de diciembre de 2004, Sala de Apelaciones, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 94.

⁶⁰ *Bemba*, decisión, 15 de junio de 2009 (véase la nota 58 *supra*), párr. 83; *Kayishema*, fallo, 21 de mayo de 1999 (véase la nota 55 *supra*), párr. 123; *Akayesu*, fallo, 2 de septiembre de 1998 (véase la nota 53 *supra*), párr. 580; *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), pág. 51, art. 18 (donde se utiliza la expresión “en gran escala” en lugar de “generalizado”); véase también *Mrkšić*, fallo, 27 de septiembre de 2007 (véase la nota 55 *supra*), párr. 437 (“‘generalizado’ hace referencia a un ataque realizado a gran escala y al número de víctimas”). En *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, causa núm. ICC-01/04-02/06, decisión con arreglo al artículo 61, párrafo 7 a) y b), del Estatuto de Roma relativa a los cargos del Fiscal contra Bosco Ntaganda, 9 de junio de 2014, Sala de Cuestiones Preliminares II, Corte Penal Internacional, párr. 24, la Sala estimó que el ataque contra la población civil era generalizado, “puesto que causó un elevado número de víctimas civiles”.

⁶¹ Véanse *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, causa núm. ICC-01/04-02/06, decisión relativa a la solicitud del Fiscal con arreglo al artículo 58, 13 de julio de 2012, Sala de Cuestiones Preliminares II, Corte Penal Internacional, párr. 19; y *Prosecutor v. Ahmad Harun and Ali Muhammad al Abd-al-Rahman*, causa núm. ICC-02/05-01/07, decisión relativa a la solicitud del Fiscal con arreglo al artículo 58, párrafo 7, del Estatuto, 27 de abril de 2007, Sala de Cuestiones Preliminares I, Corte Penal Internacional, párr. 62; véanse también *Prosecutor v. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda*, causa núm. ICTR-96-3-T, fallo, 6 de diciembre de 1999, Sala de Primera Instancia I, Tribunal Penal Internacional para Rwanda, párrs. 67 a 69; *Kayishema*, fallo, 21 de mayo de 1999 (véase la nota 55 *supra*), párrs. 122 y 123; *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), pág. 51; y *Anuario...*, 1991, vol. II (segunda parte), pág. 111.

⁶² *Bemba*, fallo, 21 de marzo de 2016 (véase la nota 58 *supra*), párr. 163 (donde se cita *Bemba*, decisión, 15 de junio de 2009 (véase la nota 58 *supra*), párr. 83).

⁶³ *Kupreškić*, fallo, 14 de enero de 2000 (véase la nota 38 *supra*), párr. 550; *Tadić*, opinión y fallo, 7 de mayo de 1997 (véase la nota 54 *supra*), párr. 649.

⁶⁴ Véanse, por ejemplo, *Ntaganda*, decisión, 13 de julio de 2012 (véase la nota 61 *supra*), párr. 30; *Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*, causa núm. ICC-01/09-01/11, decisión relativa a la confirmación de los cargos con arreglo al artículo 61, párrafo 7 a) y b), del Estatuto de Roma, 23 de enero de 2012, Sala de Cuestiones Preliminares II, Corte Penal Internacional, párr. 177.

⁶⁵ *Bemba*, decisión, 15 de junio de 2009 (véase la nota 58 *supra*), párrs. 117 a 124; véase *Bemba*, fallo, 21 de marzo de 2016 (véase la nota 58 *supra*), párrs. 688 y 689.

establecido que el ataque puede llevarse a cabo en una zona geográfica pequeña contra un gran número de civiles⁶⁶.

14) En su decisión sobre la *Situación en la República de Kenya*, la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional indicó que “[l]a evaluación no es exclusivamente cuantitativa ni geográfica, sino que ha de llevarse a cabo sobre la base de los hechos concretos”⁶⁷. Un ataque puede ser generalizado debido al efecto acumulativo de múltiples actos inhumanos o al resultado de un solo acto inhumano de extraordinaria magnitud⁶⁸.

15) Al igual que el término “generalizado”, el término “sistemático” excluye los actos de violencia aislados o no conectados entre sí⁶⁹, y la jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, del Tribunal Penal Internacional para Rwanda y de la Corte Penal Internacional refleja una visión similar de lo que se entiende por ese término. El Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia definió el término “sistemático” como “el carácter organizado de los actos de violencia y la improbabilidad de que ocurran al azar”⁷⁰ y estableció que la prueba de un patrón o plan metódico determinaba que un ataque fuera sistemático⁷¹. Así, la Sala de Apelaciones confirmó en la causa *Kunarac* que “los patrones criminales, a saber, la repetición no accidental y periódica de una conducta delictiva similar, son una expresión común de ese carácter sistemático”⁷². El Tribunal Penal Internacional para Rwanda ha adoptado un criterio similar⁷³.

16) En consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, una Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional determinó en la causa *Harun* que “sistemático” se refiere al “carácter organizado de los actos de violencia y la improbabilidad de que ocurran al azar”⁷⁴. Una Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional determinó en la causa *Katanga* que el término “se ha interpretado como un plan organizado en cumplimiento de una política común, que sigue un patrón regular y da lugar a una constante comisión de actos, o como ‘patrones criminales’, de modo que los crímenes constituyen una ‘repetición no accidental y periódica de una conducta delictiva similar’”⁷⁵. Al aplicar la norma, una Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional determinó, en la causa *Ntaganda*, que el ataque había sido sistemático puesto que “los autores habían empleado medios y métodos similares para atacar las distintas localidades, a saber, se aproximaban a los objetivos simultáneamente, en gran número y desde diferentes

⁶⁶ *Kordić*, fallo, 17 de diciembre de 2004 (véase la nota 59 *supra*), párr. 94; *Blaškić*, fallo, 3 de marzo de 2000 (véase la nota 54 *supra*), párr. 206.

⁶⁷ *Situation in the Republic of Kenya*, decisión, 31 de marzo de 2010 (véase la nota 58 *supra*), párr. 95; véase también *Bemba*, fallo, 21 de marzo de 2016 (véase la nota 58 *supra*), párr. 163.

⁶⁸ *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), pág. 52, párr. 4) del comentario al art. 18 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad; véase también *Bemba*, decisión, 15 de junio de 2009 (véase la nota 58 *supra*), párr. 83 (en la que se determinó que el carácter generalizado “entraña un ataque llevado a cabo en una extensa zona geográfica o un ataque perpetrado en una pequeña zona geográfica dirigido contra un gran número de civiles”).

⁶⁹ Véase *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), pág. 51; *Anuario...*, 1991, vol. II (segunda parte), pág. 111.

⁷⁰ *Mrkšić*, fallo, 27 de septiembre de 2007 (véase la nota 55 *supra*), párr. 437; *Kunarac*, fallo, 22 de febrero de 2001 (véase la nota 59 *supra*), párr. 429.

⁷¹ Véase, por ejemplo, *Tadić*, opinión y fallo, 7 de mayo de 1997 (véase la nota 54 *supra*), párr. 648.

⁷² *Prosecutor v. Kunarac*, causa núm. IT-96-23 y IT-96-23/1-A, fallo, 12 de junio de 2002, Sala de Apelaciones, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 94, *Judicial Supplement No. 34*, junio de 2002.

⁷³ *Kayishema*, fallo, 21 de mayo de 1999 (véase la nota 55 *supra*), párr. 123; *Akayesu*, fallo, 2 de septiembre de 1998 (véase la nota 53 *supra*), párr. 580.

⁷⁴ *Harun*, decisión, 27 de abril de 2007 (véase la nota 61 *supra*), párr. 62 (donde se cita *Kordić*, fallo, 17 de diciembre de 2004 (véase la nota 59 *supra*), párr. 94, que cita, a su vez, *Kunarac*, fallo, 22 de febrero de 2001 (véase la nota 59 *supra*), párr. 429); véase también *Ruto*, decisión, 23 de enero de 2012 (véase la nota 64 *supra*), párr. 179; *Situation in the Republic of Kenya*, decisión, 31 de marzo de 2010 (véase la nota 58 *supra*), párr. 96; *Katanga*, decisión, 30 de septiembre de 2008 (véase la nota 59 *supra*), párr. 394.

⁷⁵ *Katanga*, decisión, 30 de septiembre de 2008 (véase la nota 59 *supra*), párr. 397.

direcciones, atacaban las aldeas con armas pesadas y perseguían sistemáticamente a la población con métodos similares, registrando casa por casa, buscando entre los matorrales, quemando todos los inmuebles y realizando saqueos⁷⁶. Asimismo, en la decisión relativa a la confirmación de los cargos en la causa *Ntaganda*, una Sala de Cuestiones Preliminares sostuvo que el ataque había sido sistemático, puesto que había seguido un “patrón regular” con un “*modus operandi* recurrente, que incluía el levantamiento de barricadas, la colocación de minas terrestres y la coordinación en la perpetración de actos ilícitos [...] con el fin de atacar a la población civil no hema⁷⁷”. En la causa *Gbagbo*, una Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional concluyó que un ataque era sistemático cuando “los preparativos para el ataque se efectuaban con antelación” y el ataque estaba planificado y coordinado con actos de violencia que ponían de manifiesto un “patrón claro⁷⁸”.

“*Contra una población civil*”

17) El segundo requisito general es que el acto ha de cometerse como parte de un ataque “contra una población civil”. El párrafo 2 a) del proyecto de artículo 3 define “ataque contra una población civil” a los efectos del párrafo 1 como “una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política⁷⁹”. Tal y como se analiza más abajo, la jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, del Tribunal Penal Internacional para Rwanda y de la Corte Penal Internacional ha interpretado el significado de cada una de esas expresiones: “contra”, “una”, “población”, “civil”, “una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos” y “política de un Estado o de una organización”.

18) El Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia ha establecido que la palabra “contra” exige que los civiles sean el principal objetivo deliberado del ataque, y no víctimas accidentales⁸⁰. Las Salas de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional adoptaron posteriormente esta interpretación en la causa *Bemba* y en la decisión sobre la *Situación en la República de Kenya*⁸¹, al igual que las Salas de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional en los fallos de las causas *Katanga* y *Bemba*⁸². En la causa *Bemba*, la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional determinó que había pruebas suficientes que ponían de manifiesto que el ataque se había dirigido “contra” civiles de la República Centroafricana⁸³. La Sala concluyó que los soldados del Movimiento para la Liberación del Congo (MLC) sabían que sus víctimas eran civiles, basándose en pruebas directas de civiles atacados en sus casas o en sus patios⁸⁴. La Sala también llegó a la conclusión de que los soldados del MLC tuvieron como objetivo *principal* a los civiles, como se puso de manifiesto con un ataque a una localidad en la que los soldados del MLC no encontraron tropas rebeldes a las que alegaran estar persiguiendo⁸⁵. La palabra “contra” hace hincapié en la intención del ataque y no en el resultado físico del ataque⁸⁶. Es el

⁷⁶ *Ntaganda*, decisión, 13 de julio de 2012 (véase la nota 61 *supra*), párr. 31; véase también *Ruto*, decisión, 23 de enero de 2012 (véase la nota 64 *supra*), párr. 179.

⁷⁷ *Ntaganda*, decisión, 9 de junio de 2014 (véase la nota 60 *supra*), párr. 24.

⁷⁸ *Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, causa núm. ICC-02/11-01/11, decisión relativa a la confirmación de los cargos contra Laurent Gbagbo, 12 de junio de 2014, Sala de Cuestiones Preliminares II, Corte Penal Internacional, párr. 225.

⁷⁹ Véase el Estatuto de Roma; véase también Corte Penal Internacional, Elementos de los Crímenes, documento PCNICC/2000/1/Add.2, pág. 6.

⁸⁰ Véase, por ejemplo, *Kunarac*, fallo, 22 de febrero de 2001 (véase la nota 59 *supra*), párr. 421 (“La palabra ‘contra’ especifica que, en el contexto de un crimen de lesa humanidad, la población civil es el principal objetivo del ataque”).

⁸¹ *Situation in the Republic of Kenya*, decisión, 31 de marzo de 2010 (véase la nota 58 *supra*), párr. 82; *Bemba*, decisión, 15 de junio de 2009 (véase la nota 58 *supra*), párr. 76.

⁸² *Katanga*, fallo, 7 de marzo de 2014 (véase la nota 59 *supra*), párr. 1104; *Bemba*, fallo, 21 de marzo de 2016 (véase la nota 58 *supra*), párr. 154.

⁸³ *Bemba*, decisión, 15 de junio de 2009 (véase la nota 58 *supra*), párr. 94; véase también *Ntaganda*, decisión, 13 de julio de 2012 (véase la nota 61 *supra*), párrs. 20 y 21.

⁸⁴ *Bemba*, decisión, 15 de junio de 2009 (véase la nota 58 *supra*), párr. 94.

⁸⁵ *Ibid.*, párrs. 95 a 98.

⁸⁶ Véase, por ejemplo, *Blaškić*, fallo, 3 de marzo de 2000 (véase la nota 54 *supra*), párr. 208, nota 401.

ataque, no los actos del autor concreto, el que ha de estar dirigido “contra” la población que constituye el objetivo⁸⁷. La Sala de Primera Instancia que conoció de la causa *Bemba* confirmó después “que la población civil era el principal, y no el accidental, objetivo del ataque y que, a su vez, el ataque iba dirigido contra la población civil de la [República Centroafricana]”⁸⁸. Al hacerlo, explicó que “[c]uando se lleva a cabo un ataque en una zona con civiles y no civiles, entre los factores pertinentes para determinar si el ataque iba dirigido contra la población civil figuran los medios y métodos empleados durante el ataque, la situación de las víctimas, su número, el carácter discriminado del ataque, la naturaleza de los crímenes cometidos durante el mismo, la forma de resistencia a los asaltantes en el momento del ataque y la medida en que la fuerza atacante cumplió los requisitos cautelares del derecho de la guerra”⁸⁹.

19) La palabra “una” indica que la expresión “población civil” ha de tener una definición amplia y debe interpretarse en sentido amplio⁹⁰. Un ataque se puede cometer contra civiles, “independientemente de su nacionalidad, origen étnico o cualquier otra característica distintiva”⁹¹ y se puede perpetrar contra nacionales o extranjeros⁹². Puede ser objeto de un ataque, entre otros, “un grupo definido por su (presunta) afiliación política”⁹³. Para que puedan ser considerados “población civil” en tiempos de conflicto armado, quienes son objeto del ataque han de tener carácter “predominantemente” civil; la presencia de algunos combatientes dentro de la población no cambia su naturaleza⁹⁴. Este enfoque se adecúa a otras normas dimanantes del derecho internacional humanitario. Por ejemplo, en el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 se indica lo siguiente: “La presencia entre la población civil de personas cuya condición no responda a la definición de persona civil no priva a esa población de su calidad de civil”⁹⁵. En la causa *Kayishema*, la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para Rwanda concluyó que, en tiempos de paz, “civil” incluirá a todas las personas, salvo a aquellas que tengan el deber de mantener el orden público y cuenten con medios legítimos para ejercer la fuerza con ese fin

⁸⁷ *Kunarac*, fallo, 12 de junio de 2002 (véase la nota 72 *supra*), párr. 103.

⁸⁸ *Bemba*, fallo, 21 de marzo de 2016 (véase la nota 58 *supra*), párr. 674.

⁸⁹ *Ibid.*, párr. 153 (donde se cita la jurisprudencia de diversas cortes y tribunales internacionales).

⁹⁰ Véanse, por ejemplo, *Mrkšić*, fallo, 27 de septiembre de 2007 (véase la nota 55 *supra*), párr. 442; *Prosecutor v. Kupreškić*, fallo, 14 de enero de 2000 (véase la nota 38 *supra*), párr. 547 (“Se pretende establecer una definición amplia de ‘población’ y de ‘civil’. Ello está garantizado en primer lugar por medio del objeto y el propósito de los principios y normas generales del derecho humanitario, en particular por las normas que prohíben los crímenes de lesa humanidad.”); *Kayishema*, fallo, 21 de mayo de 1999 (véase la nota 55 *supra*), párr. 127; *Tadić*, opinión y fallo, 7 de mayo de 1997 (véase la nota 54 *supra*), párr. 643.

⁹¹ *Katanga*, decisión, 30 de septiembre de 2008 (véase la nota 59 *supra*), párr. 399 (donde se cita *Tadić*, opinión y fallo, 7 de mayo de 1997 (véase la nota 54 *supra*), párr. 635); véase también *Katanga*, fallo, 7 de marzo de 2014 (véase la nota 59 *supra*), párr. 1103; *Bemba*, fallo, 21 de marzo de 2016 (véase la nota 58 *supra*), párr. 155.

⁹² Véase, por ejemplo, *Kunarac*, fallo, 22 de febrero de 2001 (véase la nota 59 *supra*), párr. 423.

⁹³ *Ruto*, decisión, 23 de enero de 2012 (véase la nota 64 *supra*), párr. 164.

⁹⁴ Véanse, por ejemplo, *Katanga*, fallo, 7 de marzo de 2014 (véase la nota 59 *supra*), párr. 1105 (donde se mantiene que la población atacada “debe estar compuesta fundamentalmente por civiles” y que la “presencia de personas que no sean civiles en su seno no afecta, por tanto, a su condición de población civil”); *Mrkšić*, fallo, 27 de septiembre de 2007 (véase la nota 55 *supra*), párr. 442; *Kunarac*, fallo, 22 de febrero de 2001 (véase la nota 59 *supra*), párr. 425 (“la presencia de determinadas personas que no sean civiles en su seno no cambia el carácter de la población”); *Kordić*, fallo, 26 de febrero de 2001 (véase la nota 46 *supra*), párr. 180; *Blaškić*, fallo, 3 de marzo de 2000 (véase la nota 54 *supra*), párr. 214 (“la presencia de soldados en el seno de una población civil que es intencionadamente objeto de un ataque no altera el carácter civil de esa población”); *Prosecutor v. Kupreškić*, fallo, 14 de enero de 2000 (véase la nota 38 *supra*), párr. 549 (“la presencia de quienes participan activamente en el conflicto no debería impedir que una población sea considerada civil”); *Kayishema*, fallo, 21 de mayo de 1999 (véase la nota 55 *supra*), párr. 128; *Akayesu*, fallo, 2 de septiembre de 1998 (véase la nota 53 *supra*), párr. 582 (“El hecho de que haya determinadas personas entre la población civil cuya condición no responda a la definición de persona civil no priva a esa población de su calidad de civil”); *Tadić*, opinión y fallo, 7 de mayo de 1997 (véase la nota 54 *supra*), párr. 638.

⁹⁵ Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), art. 50, párr. 3.

en el momento en que sean atacadas⁹⁶. La condición de una víctima específica ha de evaluarse en el momento de cometerse el delito⁹⁷; una persona debe considerarse civil cuando haya duda acerca de su condición⁹⁸.

20) “Población” no significa que toda la población de una determinada ubicación geográfica ha de ser objeto del ataque⁹⁹, sino que indica el carácter colectivo del crimen como un ataque contra múltiples víctimas¹⁰⁰. Tal y como señaló la Sala de Primera Instancia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia en la causa *Gotovina*, el concepto denota que el ataque no se dirige contra “un número limitado de personas elegidas al azar”¹⁰¹. En las decisiones de la Corte Penal Internacional en la causa *Bemba* y en la causa *Situación en la República de Kenia* se adoptó un enfoque similar y se declaró que el Fiscal había de establecer que el ataque no iba dirigido contra un grupo limitado de personas¹⁰².

21) La primera parte del párrafo 2 a) del proyecto de artículo 3 se refiere a “una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil”. Aunque esa redacción no figuraba en la definición de crímenes de lesa humanidad del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, dicha formulación refleja la jurisprudencia de ambos Tribunales¹⁰³ y está recogida explícitamente en el artículo 7, párrafo 2 a), del Estatuto de Roma de 1998. En los Elementos de los Crímenes del régimen del Estatuto de Roma de 1998 se dispone que “[n]o es necesario que los actos” a que se hace referencia en el artículo 7, párrafo 2 a), “constituyan un ataque militar”¹⁰⁴. La Sala de Primera Instancia en la causa *Katanga* afirmó que “el ataque no tiene que tener necesariamente carácter militar y puede consistir en cualquier forma de violencia contra una población civil”¹⁰⁵.

⁹⁶ *Kayishema*, fallo, 21 de mayo de 1999 (véase la nota 55 *supra*), párr. 127 (donde se alude a “todas las personas, salvo a aquellas que tengan el deber de mantener el orden público y cuenten con medios legítimos para ejercer la fuerza. Por ejemplo, entre los no civiles se encontrarían los miembros de las Fuerzas Armadas Rwandesas, del Frente Patriótico Rwandés, la policía y la Gendarmería Nacional”).

⁹⁷ *Blaškić*, fallo, 3 de marzo de 2000 (véase la nota 54 *supra*), párr. 214 (“[S]e debe tener en cuenta la situación específica de la víctima en el momento en que se cometieron los crímenes, en lugar de su condición, para determinar su carácter civil.”); véanse también *Kordić*, fallo, 26 de febrero de 2001 (véase la nota 46 *supra*), párr. 180 (“las personas que en un momento determinado llevaron a cabo actos de resistencia pueden, en ciertas circunstancias, ser víctimas de un crimen de lesa humanidad”); *Akayesu*, fallo, 2 de septiembre de 1998 (véase la nota 53 *supra*), párr. 582 (donde se determinó que la población civil incluía a “los miembros de las fuerzas armadas que habían depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate”).

⁹⁸ *Kunarac*, fallo, 22 de febrero de 2001 (véase la nota 59 *supra*), párr. 426.

⁹⁹ Véanse *Situation in the Republic of Kenya*, decisión, 31 de marzo de 2010 (véase la nota 58 *supra*), párr. 82; *Bemba*, decisión, 15 de junio de 2009 (véase la nota 58 *supra*), párr. 77; *Kunarac*, fallo, 22 de febrero de 2001 (véase la nota 59 *supra*), párr. 424; *Tadić*, opinión y fallo, 7 de mayo de 1997 (véase la nota 54 *supra*), párr. 644; véase también *Anuario...*, 1994, vol. II (segunda parte), pág. 42, párr. 14) del comentario al art. 21 (donde se definen los crímenes de lesa humanidad como “actos inhumanos de carácter muy grave que impliquen violaciones generalizadas o sistemáticas cuyo objetivo sea la población civil *en su totalidad o en parte*” (sin cursiva en el original)).

¹⁰⁰ Véase *Tadić*, opinión y fallo, 7 de mayo de 1997 (véase la nota 54 *supra*), párr. 644.

¹⁰¹ *Prosecutor v. Ante Gotovina, Ivan Čermak and Mladen Markač*, causa núm. IT-06-90-T, fallo, 15 de abril de 2011, Sala de Primera Instancia I, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 1704.

¹⁰² *Situation in the Republic of Kenya*, decisión, 31 de marzo de 2010 (véase la nota 58 *supra*), párr. 81; *Bemba*, decisión, 15 de junio de 2009 (véase la nota 58 *supra*), párr. 77; *Bemba*, fallo, 21 de marzo de 2016 (véase la nota 58 *supra*), párr. 154.

¹⁰³ Véanse, por ejemplo, *Kunarac*, fallo, 22 de febrero de 2001 (véase la nota 59 *supra*), párr. 415 (donde se define ataque como “una línea de conducta que implique la comisión de actos de violencia”); *Kayishema*, fallo, 21 de mayo de 1999 (véase la nota 55 *supra*), párr. 122 (donde se define ataque como el “hecho del que deben formar parte los crímenes enumerados”); *Akayesu*, fallo, 2 de septiembre de 1998 (véase la nota 53), párr. 581 (“El concepto de ‘ataque’ puede definirse como un acto ilícito del tipo de los enumerados [en el Estatuto] [...]. Un ataque puede además no tener carácter violento, como la imposición de un sistema de *apartheid* [...] o la presión ejercida sobre la población para que actúe de una determinada manera”).

¹⁰⁴ Véase Corte Penal Internacional, Elementos de los Crímenes, pág. 10.

¹⁰⁵ *Katanga*, fallo, 7 de marzo de 2014 (véase la nota 59 *supra*), párr. 1101.

22) En la segunda parte del párrafo 2 a) del proyecto de artículo 3 se afirma que el ataque ha de llevarse a cabo “de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer este ataque o para promover esa política”. El requisito del elemento de una “política” no figuraba como parte de la definición de crímenes de lesa humanidad en los estatutos de las cortes y tribunales internacionales hasta la aprobación del Estatuto de Roma de 1998¹⁰⁶. Aun cuando el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda no contenían el elemento de política en su definición de crímenes de lesa humanidad¹⁰⁷, parte de la jurisprudencia inicial indicó que era necesario¹⁰⁸. Así, la Sala de Primera Instancia en la causa *Tadić* realizó un importante análisis del elemento de política en los primeros años de la labor del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, análisis que influiría posteriormente en la redacción del Estatuto de Roma de 1998. La Sala de Primera Instancia determinó que:

la razón por la que los crímenes de lesa humanidad sacuden tanto la conciencia de la humanidad y requieren la intervención de la comunidad internacional es que no son actos aislados y aleatorios de algunas personas, sino el resultado de un intento deliberado de ir contra una población civil. Tradicionalmente, se entendía por este requisito que había de haber alguna forma de política para perpetrar estos actos [...]. No obstante, es importante destacar que una política de esa índole no tiene que estar formalizada, sino que puede inferirse de la forma en que ocurren los actos¹⁰⁹.

La Sala de Primera Instancia señaló además que, habida cuenta del elemento de política, este tipo de crímenes “no puede ser obra únicamente de personas aisladas”¹¹⁰. No obstante, la jurisprudencia posterior del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia restó importancia al elemento de política, considerándolo como suficiente simplemente para probar la existencia de un ataque generalizado o sistemático¹¹¹.

23) Antes del Estatuto de Roma de 1998, la labor de la Comisión solía requerir un elemento de política en sus proyectos de código. El proyecto de código de delitos contra la

¹⁰⁶ El artículo 6 c) del Estatuto de Nuremberg no contiene ninguna referencia explícita a un plan o una política. No obstante, la sentencia de Nuremberg sí utilizó un elemento de “política” cuando examinó el artículo 6 c) en el contexto del concepto de “ataque” en su conjunto. Véase Sentencia del 30 de septiembre de 1946 (véase la nota 29 *supra*), pág. 493 (“La política de terror fue puesta en práctica, sin duda, a gran escala, y en muchos casos era organizada y sistemática. La política de persecución, represión y asesinato de civiles que podían ser hostiles al Gobierno en Alemania antes de la guerra de 1939 se llevó a cabo de la manera más despiadada”). El artículo II, párrafo 1 c), de la Ley núm. 10 del Consejo de Control, sobre el Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra, Crímenes contra la Paz y Crímenes de Lesa Humanidad tampoco contiene ninguna referencia a un plan o a una política en su definición de crímenes de lesa humanidad. Ley núm. 10 del Consejo de Control, sobre el Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra, Crímenes contra la Paz y Crímenes de Lesa Humanidad, 20 de diciembre de 1945, en *Official Gazette of the Control Council for Germany*, vol. 3, pág. 52 (1946).

¹⁰⁷ La Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia determinó que no existía un elemento de política en los crímenes de lesa humanidad en el derecho internacional consuetudinario; véase *Kunarac*, fallo, 12 de junio de 2002 (véase la nota 72 *supra*), párr. 98 (“No había ningún elemento en el Estatuto ni en el derecho internacional consuetudinario en el momento de cometerse los presuntos actos que requiriera una prueba de la existencia de un plan o una política para cometer esos crímenes.”), aunque esa posición ha sido objeto de críticas en la doctrina.

¹⁰⁸ *Tadić*, opinión y fallo, 7 de mayo de 1997 (véase la nota 54 *supra*), párrs. 644, 653 a 655 y 626.

¹⁰⁹ *Ibid.*, párr. 653.

¹¹⁰ *Ibid.*, párr. 655 (donde se cita *Prosecutor v. Dragan Nikolić a/k/a “Jenki”*, causa núm. IT-94-2-R61, revisión de la acusación de conformidad con el artículo 61 de las Reglas sobre Procedimiento y Pruebas, 20 de octubre de 1995, Sala de Primera Instancia, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 26).

¹¹¹ Véanse, por ejemplo, *Kunarac*, fallo, 12 de junio de 2002 (véase la nota 72 *supra*), párr. 98; *Kordić*, fallo, 26 de febrero de 2001 (véase la nota 46 *supra*), párr. 182 (donde se determinó que “la existencia de un plan o una política debería considerarse más bien como una indicación del carácter sistemático de los delitos calificados como crímenes de lesa humanidad”); *Kayishema*, fallo, 21 de mayo de 1999 (véase la nota 55 *supra*), párr. 124 (“Para que un acto de victimización en masa sea un crimen de lesa humanidad debe incluir un elemento de política. Cualquiera de los requisitos del carácter generalizado o sistemático es suficiente para excluir actos que no se hayan cometido como parte de una política o un plan más amplios.”); *Akayesu*, fallo, 2 de septiembre de 1998 (véase la nota 53 *supra*), párr. 580.

paz y la seguridad de la humanidad elaborado por la Comisión en 1954 definió los crímenes de lesa humanidad como: “Los actos inhumanos, tales como el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o las persecuciones contra cualquier población civil por motivos sociales, políticos, raciales o culturales, perpetrados *por las autoridades de un Estado o por particulares que actúen por instigación de dichas autoridades o con su tolerancia*”¹¹². La Comisión decidió incluir el requisito de la instigación o la tolerancia del Estado a fin de excluir los actos inhumanos cometidos por particulares por su cuenta, sin la participación de ningún Estado¹¹³. Al mismo tiempo, la definición de crímenes de lesa humanidad que figuraba en el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1954 no incluía ningún requisito en cuanto a la escala (“generalizado”) o el carácter sistemático.

24) El proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad elaborado por la Comisión en 1996 también reconoció un requisito de política, puesto que definió los crímenes de lesa humanidad como “la comisión sistemática o en gran escala e *instigada o dirigida por un Gobierno o por una organización o grupo* de cualquiera de los actos siguientes”¹¹⁴. La Comisión incluyó este requisito para excluir los actos inhumanos cometidos por una persona “por su propia iniciativa al realizar su plan criminal propio, pero sin que exista ningún estímulo ni dirección por parte de un Gobierno o de un grupo u organización”¹¹⁵. En otras palabras, el elemento de política trataba de excluir delitos “comunes” de personas que actuaran por su propia iniciativa y sin conexión alguna con un Estado o una organización.

25) El párrafo 2 a) del proyecto de artículo 3 contiene el mismo elemento de política previsto en el artículo 7, párrafo 2 a), del Estatuto de Roma de 1998. En los Elementos de los Crímenes del régimen del Estatuto de Roma de 1998 se dispone que una “política [...] de cometer ese ataque” exige que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil¹¹⁶ y que “[e]sa política, en circunstancias excepcionales, podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo”¹¹⁷.

26) Este elemento de “política” se ha examinado en varias causas sustanciadas ante la Corte Penal Internacional¹¹⁸. En el fallo de 2014 relativo a la causa *Katanga*, la Sala de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional destacó que el requisito de la política no es sinónimo de “sistemático”, pues ello sería contrario al requisito disyuntivo establecido en el artículo 7 del Estatuto de Roma de 1998 de un ataque “generalizado” o “sistemático”¹¹⁹. Mientras que “sistemático” requiere altos niveles de organización y patrones de conducta o una violencia recurrente¹²⁰, para “establecer una ‘política’ hay que demostrar tan solo que el Estado o la organización perseguían perpetrar un ataque contra una población civil. Por ello, un análisis del carácter sistemático del ataque trasciende la existencia de una política que pretenda eliminar, perseguir o socavar a una comunidad”¹²¹.

¹¹² *Yearbook...*, 1954, vol. II, pág. 150 (sin cursiva en el original).

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), pág. 51 (sin cursiva en el original).

¹¹⁵ *Ibid.* Al explicar la inclusión del requisito de la política, la Comisión señaló lo siguiente: “Sería sumamente difícil para una sola persona que actuase aislada cometer los actos inhumanos previstos en el artículo 18”.

¹¹⁶ Corte Penal Internacional, Elementos de los Crímenes, pág. 10.

¹¹⁷ *Ibid.* Otros precedentes también ponen de relieve que la omisión deliberada puede cumplir el requisito de la política. Véanse *Kupreškić*, fallo, 14 de enero de 2000 (véase la nota 38 *supra*), párrs. 554 y 555 (“aprobado”, “consentido”, “aprobación explícita o implícita”); *Yearbook...* 1954, vol. II, pág. 150 (art. 2, párr. 11) (“tolerancia”); y Consejo de Seguridad, Informe de la Comisión de Expertos Establecida en virtud de la resolución 780 (1992) del Consejo de Seguridad, documento S/1994/674, párr. 85.

¹¹⁸ Véanse, por ejemplo, *Ntaganda*, decisión, 13 de julio de 2012 (véase la nota 61 *supra*), párr. 24; *Bemba*, decisión, 15 de junio de 2009 (véase la nota 58 *supra*), párr. 81; *Katanga*, decisión, 30 de septiembre de 2008 (véase la nota 59 *supra*), párr. 396.

¹¹⁹ *Katanga*, fallo, 7 de marzo de 2014 (véase la nota 59 *supra*), párr. 1112; véanse también *ibid.*, párr. 1101; *Gbagbo*, decisión, 12 de junio de 2014 (véase la nota 78 *supra*), párr. 208.

¹²⁰ *Katanga*, fallo, 7 de marzo de 2014 (véase la nota 59 *supra*), párrs. 1111 a 1113.

¹²¹ *Ibid.*, párr. 1113.

Además, el requisito de la “política” no requiere proyectos formales o planes preestablecidos, puede llevarse a cabo mediante actos u omisiones y puede inferirse de las circunstancias¹²². La Sala de Primera Instancia entendió que no era necesario que la política hubiera sido establecida o promulgada formalmente antes del ataque y que podía deducirse de la repetición de actos, de las actividades preparatorias o de una movilización colectiva¹²³. Asimismo, la política no tiene que ser concreta o precisa y puede evolucionar con el tiempo a medida que varían las circunstancias¹²⁴. Además, la Sala de Primera Instancia que conoció de la causa *Bemba* señaló que el requisito de que la línea de conducta se lleve a cabo de conformidad con la política de un Estado o de una organización o para promover esa política no solo se satisface cuando el autor actúa de manera deliberada para promover la política, sino también cuando el autor sigue una conducta prevista por la política y teniendo conocimiento de ello¹²⁵.

27) Del mismo modo, en su decisión en la que confirmaba el procesamiento de Laurent Gbagbo, la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional sostuvo que “política” no debía unirse a “sistemático”¹²⁶. En concreto, la Sala de Primera Instancia afirmó que “las pruebas de la planificación, la organización o la dirección por parte de un Estado o una organización pueden ser pertinentes para demostrar tanto la política como el carácter sistemático del ataque, aunque los dos conceptos no deben unirse, ya que sirven a diferentes propósitos y conllevan distintos umbrales con arreglo al artículo 7, párrafos 1 y 2 a), del Estatuto”¹²⁷. El elemento de política requiere que los actos estén “vinculados” a un Estado o una organización¹²⁸ y excluye “actos espontáneos o aislados de violencia”; en cambio, una política no tiene que ser adoptada formalmente¹²⁹ y no se requieren pruebas de razones o motivos concretos¹³⁰. En la causa *Bemba*, la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional determinó que el ataque se había llevado a cabo con arreglo a la política de una organización basándose en pruebas que demostraban que las tropas del MLC “llevaron a cabo ataques siguiendo el mismo patrón”¹³¹. La Sala de Primera Instancia estableció más adelante que las tropas del MLC tenían conocimiento de que sus actos individuales formaban parte de un ataque general contra la población civil de la República Centroafricana¹³².

28) La segunda parte del párrafo 2 a) del proyecto de artículo 3 hace referencia a la política de un “Estado o de una organización” para cometer ese ataque, al igual que el artículo 7, párrafo 2 a), del Estatuto de Roma de 1998. En su decisión sobre la *Situación en la República de Kenya*, la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional sugirió que el significado de “Estado” en el artículo 7, párrafo 2 a), no requería “mayores explicaciones”¹³³. A continuación, la Sala señaló que una política adoptada por órganos regionales o locales del Estado podría cumplir el requisito de la política del Estado¹³⁴.

29) La jurisprudencia de la Corte Penal Internacional sugiere que “organización” incluye a toda organización o grupo que tenga capacidad y recursos para planificar y llevar a cabo un ataque generalizado o sistemático. Por ejemplo, la Sala de Cuestiones Preliminares señaló lo siguiente en la causa *Katanga*: “Esa política pueden ponerla en práctica grupos de personas que gobiernen un territorio determinado o cualquier organización con capacidad para perpetrar un ataque generalizado o sistemático contra una población civil”¹³⁵. Una Sala

¹²² *Ibid.*, párrs. 1108, 1109 y 1113.

¹²³ *Ibid.*, párr. 1109; véase también *Gbagbo*, decisión, 12 de junio de 2014 (véase la nota 78 *supra*), párrs. 211, 212 y 215.

¹²⁴ *Katanga*, fallo, 7 de marzo de 2014 (véase la nota 59 *supra*), párr. 1110.

¹²⁵ *Bemba*, fallo, 15 de junio de 2016 (véase la nota 58 *supra*), párr. 161.

¹²⁶ *Gbagbo*, fallo, 12 de junio de 2014 (véase la nota 78 *supra*), párrs. 208 y 216.

¹²⁷ *Ibid.*, párr. 216.

¹²⁸ *Ibid.*, párr. 217.

¹²⁹ *Ibid.*, párr. 215.

¹³⁰ *Ibid.*, párr. 214.

¹³¹ *Bemba*, decisión, 15 de junio de 2009 (véase la nota 58 *supra*), párr. 115.

¹³² *Bemba*, fallo, 21 de marzo de 2016 (véase la nota 58 *supra*), párr. 669.

¹³³ *Situation in the Republic of Kenya*, decisión, 31 de marzo de 2010 (véase la nota 58 *supra*), párr. 89.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ *Katanga*, decisión, 30 de septiembre de 2008 (véase la nota 59 *supra*), párr. 396 (donde se cita la jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y del Tribunal Penal Internacional

de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional, en la causa *Katanga*, sostuvo que la organización había de tener “suficientes recursos, medios y capacidad para poner en marcha una línea de conducta o una operación que implica la comisión múltiple de actos” y “un conjunto de estructuras o mecanismos, de cualquier índole, suficientemente eficientes para asegurar la coordinación necesaria para llevar a cabo un ataque contra una población civil”¹³⁶.

30) En su decisión sobre la *Situación en la República de Kenya*, la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional rechazó por mayoría la idea de que “solo las organizaciones semejantes a Estados pueden considerarse” organizaciones a los efectos del artículo 7, párrafo 2 a), y afirmó además que “el carácter formal de un grupo y el nivel de su organización no deben ser los criterios determinantes. En lugar de ello [...] debe hacerse una distinción en función de si un grupo tiene la capacidad necesaria para llevar a cabo actos que atenten contra valores humanos fundamentales”¹³⁷. En 2012, la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional en la causa *Ruto*, al determinar si un grupo concreto podía ser considerado una “organización” con arreglo al artículo 7 del Estatuto de Roma de 1998, afirmó lo siguiente:

la Sala puede tener en cuenta una serie de factores, entre otros: i) si el grupo se encuentra bajo un mando responsable o cuenta con una jerarquía establecida; ii) si el grupo tiene, de hecho, los medios para llevar a cabo un ataque generalizado o sistemático contra una población civil; iii) si el grupo ejerce el control sobre parte del territorio de un Estado; iv) si uno de los objetivos primordiales del grupo es llevar a cabo actividades delictivas contra la población civil; v) si el grupo manifiesta, de manera explícita o implícita, una intención de atacar a una población civil; vi) si el grupo es parte de un grupo mayor, que cumple algunos o todos los criterios antes mencionados¹³⁸.

31) Como consecuencia de la “política” que puede emanar de una organización no estatal, la definición que figura en los párrafos 1 a 3 del proyecto de artículo 3 no requiere que el que comete el delito sea un funcionario o agente del Estado. Este criterio es acorde con la evolución de los crímenes de lesa humanidad en el derecho internacional. En 1991, al comentar el proyecto de disposición sobre crímenes de lesa humanidad que pasaría a ser el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996, la Comisión dijo que “el [proyecto de] artículo no se limita a señalar como autores posibles de los crímenes previstos en el mismo a los funcionarios o representantes de un Estado” y que “no excluye la posibilidad de que simples particulares, dotados de un poder de hecho u organizados en bandas o grupos criminales, puedan también cometer el tipo de violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos a que se refiere ese artículo, en cuyo caso sus actos caerían dentro del ámbito del proyecto de código”¹³⁹. Como ya se ha indicado, el proyecto de código de crímenes de 1996 añadió el requisito de que, para que fueran

para Rwanda, así como el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, elaborado por la Comisión en 1991, *Anuario...*, 1991, vol. II (segunda parte), pág. 111); véase también *Bemba*, decisión, 15 de junio de 2009 (véase la nota 58 *supra*), párr. 81.

¹³⁶ *Katanga*, fallo, 7 de marzo de 2014 (véase la nota 59 *supra*), párr. 1119.

¹³⁷ *Situation in the Republic of Kenya*, decisión, 31 de marzo de 2010 (véase la nota 58 *supra*), párr. 90. Esta interpretación fue acogida igualmente por la Sala de Primera Instancia en la causa *Katanga* al afirmar lo siguiente: “No obstante, que el ataque tenga que caracterizarse también por ser generalizado o sistemático no significa que la organización que lo promueve o alienta deba estructurarse de forma tal que adopte los rasgos de un Estado”. *Katanga*, fallo, 7 de marzo de 2014 (véase la nota 59 *supra*), párr. 1120. La Sala de Primera Instancia también estimó que “la práctica ‘general aceptada como derecho’ [...] alude a crímenes de lesa humanidad cometidos por Estados y organizaciones a las cuales no se exige específicamente por definición que posean características cuasiestatales”. *Ibid.*, párr. 1121.

¹³⁸ *Ruto*, decisión, 23 de enero de 2012 (véase la nota 64 *supra*), párr. 185; véanse también *Situation in the Republic of Kenya*, decisión, 31 de marzo de 2010 (véase la nota 58 *supra*), párr. 93; *Situation in the Republic of Côte d'Ivoire*, causa núm. ICC-02/11, corrección de la decisión en aplicación del artículo 15 del Estatuto de Roma de 1998 relativa a la autorización de una investigación sobre la situación en la República de Côte d'Ivoire, 15 de noviembre de 2011, Sala de Cuestiones Preliminares III, Corte Penal Internacional, párrs. 45 y 46.

¹³⁹ *Anuario...*, 1991, vol. II (segunda parte), pág. 112.

crímenes de lesa humanidad, los actos inhumanos habían de estar “instigad[os] o dirigid[os] por un gobierno o por una organización política o grupo”¹⁴⁰. En su comentario sobre ese requisito, la Comisión observó lo siguiente: “La instigación o dirección por un gobierno o por cualquier organización o grupo, relacionado o no con un gobierno, da al acto mayor importancia y hace que se convierta en un crimen contra la humanidad imputable a los particulares o a los agentes de un Estado”¹⁴¹.

32) La jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia aceptó la posibilidad de que se enjuiciara a actores no estatales por crímenes de lesa humanidad. Por ejemplo, en la causa *Tadić*, una de las Salas de Primera Instancia del Tribunal afirmó que “el derecho, en relación con los crímenes de lesa humanidad, ha evolucionado hasta tener en cuenta a fuerzas que, aunque no sean las del gobierno legítimo, tienen el control *de facto* de un territorio definido o pueden moverse libremente por él”¹⁴². Esa determinación encontró reflejo en la causa *Limaj*, en la que la Sala de Primera Instancia consideró que los acusados, miembros del Ejército de Liberación de Kosovo, podían ser enjuiciados por crímenes de lesa humanidad¹⁴³.

33) En la causa *Ntaganda*, sustanciada ante la Corte Penal Internacional, se confirmaron los cargos contra un acusado relacionado con dos grupos paramilitares, la Unión de Patriotas Congoleños y las Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo de la República Democrática del Congo¹⁴⁴. Asimismo, en la causa *Mbarushimana*, el fiscal presentó cargos contra un acusado vinculado con las Fuerzas Democráticas para la Liberación de Rwanda, descritas en sus estatutos como un “grupo armado que perseguía ‘reconquistar y defender la soberanía nacional’ de Rwanda”¹⁴⁵. En la causa contra Joseph Kony relativa a la situación en Uganda, el acusado estaba presuntamente vinculado con el Ejército de Resistencia del Señor, “un grupo armado que protagoniza una insurgencia contra el Gobierno de Uganda y el ejército ugandés”¹⁴⁶ dotado de “una organización jerárquica y un funcionamiento de carácter militar”¹⁴⁷. Con respecto a la situación en Kenya, una de las Salas de Cuestiones Preliminares confirmó los cargos de crímenes de lesa humanidad presentados contra los acusados debido a su vinculación con una “red” de autores “compuesta por eminentes representantes políticos [del Movimiento Democrático Naranja (ODM, por sus siglas en inglés)], representantes de los medios de comunicación, antiguos miembros de la policía y del ejército de Kenya, ancianos kalenjin y dirigentes locales”¹⁴⁸. Igualmente, se confirmaron los cargos presentados contra otros acusados vinculados con “ataques coordinados perpetrados por los mungiki y por jóvenes simpatizantes del Partido de la Unidad Nacional (PNU, por sus siglas en inglés) en diferentes partes de Nakuru y Naivasha” que “iban dirigidos contra presuntos partidarios [del ODM] utilizando diferentes medios de identificación como listas, atributos físicos, bloqueos de carreteras y el idioma”¹⁴⁹.

¹⁴⁰ *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), pág. 51 (art. 18) (sin cursiva en el original).

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² *Tadić*, opinión y fallo, 7 de mayo de 1997 (véase la nota 54 *supra*), párr. 654. Para un análisis más detallado respecto de los autores no estatales, véase *ibid.*, párr. 655.

¹⁴³ *Prosecutor v. Fatmir Limaj, Haradin Bala and Isak Musliu*, causa núm. IT-03-66-T, fallo, 30 de noviembre de 2005, Sala de Primera Instancia II, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, párrs. 212 y 213.

¹⁴⁴ *Ntaganda*, decisión, 13 de julio de 2012 (véase la nota 61 *supra*), párr. 22.

¹⁴⁵ *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, decisión relativa a la confirmación de los cargos, causa núm. ICC-01/04-01/10, 16 de diciembre de 2011, Sala de Cuestiones Preliminares I, Corte Penal Internacional, párr. 2.

¹⁴⁶ *Situation in Uganda*, causa núm. ICC-02/04-01/05, orden de detención de Joseph Kony, dictada el 8 de julio de 2005 y modificada el 27 de septiembre de 2005, 27 de septiembre de 2005, Sala de Cuestiones Preliminares II, Corte Penal Internacional, párr. 5.

¹⁴⁷ *Ibid.*, párr. 7.

¹⁴⁸ *Ruto*, decisión, 23 de enero de 2012 (véase la nota 64 *supra*), párr. 182.

¹⁴⁹ *Situation in the Republic of Kenya in the case of the Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, causa núm. ICC-01/09-02/11, decisión relativa a la confirmación de los cargos con arreglo al artículo 61, párrafo 7 a) y b), del Estatuto de Roma, 23 de enero de 2012, Sala de Cuestiones Preliminares II, Corte Penal Internacional, párr. 102.

“Con conocimiento de dicho ataque”

34) El tercer requisito general es que el autor ha de cometer el acto “con conocimiento de dicho ataque”. La jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y del Tribunal Penal Internacional para Rwanda ha concluido que el autor ha de tener conocimiento de que se está produciendo un ataque contra la población civil y, además, de que su acto forma parte de ese ataque¹⁵⁰. Este enfoque con dos partes se refleja en los Elementos de los Crímenes del régimen del Estatuto de Roma de 1998, que exige para cada uno de los actos prohibidos que el último elemento de ese acto sea el siguiente: “Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo”. Aun así, se indica lo siguiente:

el último elemento no debe interpretarse en el sentido de que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización. En el caso de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil que esté comenzando, la cláusula de intencionalidad del último elemento indica que ese elemento existe si el autor tenía la intención de cometer un ataque de esa índole¹⁵¹.

35) En su decisión en la que confirmaba el procesamiento de Laurent Gbagbo, una de las Salas de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional estimó que “solo es necesario establecer que la persona tenía conocimiento del ataque en términos generales”¹⁵². Ciertamente, no es necesario probar que el autor conociera los detalles concretos del ataque¹⁵³, sino que el conocimiento del autor podría inferirse de pruebas circunstanciales¹⁵⁴. Por tanto, cuando en la causa *Bemba* se determinó que las tropas del MLC actuaron con conocimiento del ataque, una de las Salas de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional dijo que el conocimiento de las tropas podía “inferirse de los métodos de ataque que utilizaron”, que reflejaban una pauta clara¹⁵⁵. En la causa *Katanga*, una de las Salas de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional llegó a la siguiente conclusión:

el conocimiento del ataque y el hecho de que el autor fuera consciente de que su conducta formaba parte de ese ataque pueden inferirse de pruebas circunstanciales, tales como: la posición del acusado en la jerarquía militar; el hecho de que asumiera un papel importante en el marco más amplio de la campaña criminal; su presencia en la escena de los crímenes; sus referencias a la superioridad de su grupo respecto del grupo enemigo; y el contexto histórico y político general en que se produjeron los actos¹⁵⁶.

36) Además, el motivo personal del autor para participar en el ataque es irrelevante; no es necesario que el autor comparta el propósito o el objetivo del ataque en sentido más amplio¹⁵⁷. Según la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia en la causa *Kunarac*, la prueba de que el autor cometió los actos prohibidos por motivos

¹⁵⁰ Véanse, por ejemplo, *Kunarac*, fallo, 22 de febrero de 2001 (véase la nota 59 *supra*), párr. 418;

Kayishema, fallo, 21 de mayo de 1999 (véase la nota 55 *supra*), párr. 133.

¹⁵¹ Corte Penal Internacional, Elementos de los Crímenes, pág. 9.

¹⁵² *Gbagbo*, decisión, 12 de junio de 2014 (véase la nota 78 *supra*), párr. 214.

¹⁵³ *Kunarac*, fallo, 22 de febrero de 2001 (véase la nota 59 *supra*), párr. 434 (donde se determinó que el requisito del conocimiento “no implica el conocimiento de los detalles del ataque”).

¹⁵⁴ Véanse *Blaškić*, fallo, 3 de marzo de 2000 (véase la nota 54 *supra*), párr. 259 (donde se determinó que el conocimiento del contexto más amplio del ataque podía deducirse a partir de una serie de hechos, como “la naturaleza de los crímenes cometidos y la medida en que eran de conocimiento general”); *Tadić*, opinión y fallo, 7 de mayo de 1997 (véase la nota 54 *supra*), párr. 657 (“Si bien se requiere el conocimiento, este se examina a nivel objetivo y, de hecho, puede deducirse de las circunstancias.”); véase también *Kayishema*, fallo, 21 de mayo de 1999 (véase la nota 55 *supra*), párr. 134 (donde se determinó que es suficiente “el conocimiento real o inferido del contexto más amplio del ataque”).

¹⁵⁵ *Bemba*, decisión, 15 de junio de 2009 (véase la nota 58 *supra*), párr. 126; véase *Bemba*, fallo, 21 de marzo de 2016 (véase la nota 58 *supra*), párrs. 166 a 169.

¹⁵⁶ *Katanga*, decisión, 30 de septiembre de 2008 (véase la nota 59 *supra*), párr. 402.

¹⁵⁷ Véanse, por ejemplo, *Kunarac*, fallo, 12 de junio de 2002 (véase la nota 72 *supra*), párr. 103; *Kupreškić*, fallo, 14 de enero de 2000 (véase la nota 38 *supra*), párr. 558.

personales podría a lo sumo “ser indicativa de una presunción refutable de que no era consciente de que sus actos formaban parte de ese ataque”¹⁵⁸. Lo que resulta pertinente para cumplir este requisito es que el autor tenga conocimiento de que su acto forma parte del ataque o tenga la intención de que así sea. Además, se dará este elemento cuando pueda probarse que el delito subyacente fue cometido aprovechando directamente el ataque en sentido más amplio o cuando la comisión del delito subyacente tenga el efecto de perpetuar dicho ataque¹⁵⁹. Por ejemplo, en la causa *Kunarac*, los autores fueron acusados de diversas formas de violencia sexual, actos de tortura y esclavitud contra mujeres y niñas musulmanas. La Sala de Primera Instancia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia determinó que el acusado tenía el conocimiento requerido porque no solo sabía del ataque contra la población civil musulmana, sino que además lo perpetuó “aprovechándose directamente de la situación creada” y “asumió plenamente la agresión por motivos étnicos”¹⁶⁰. Del mismo modo, una Sala de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional ha sostenido que el autor ha de saber que el acto forma parte del ataque generalizado o sistemático contra la población civil, pero el motivo del autor es irrelevante a los efectos de considerar el acto crimen de lesa humanidad. No es necesario que el autor conozca todas las características o detalles del ataque, como tampoco se requiere que el autor suscriba “el proyecto criminal del Estado o la organización”¹⁶¹.

Actos prohibidos

37) Al igual que el artículo 7 del Estatuto de Roma de 1998, los apartados a) a k) del párrafo 1 del proyecto de artículo 3 enumeran los actos prohibidos que constituyen crímenes de lesa humanidad. Esos actos prohibidos también aparecen como parte de la definición de crímenes de lesa humanidad que figura en el artículo 18 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad elaborado por la Comisión en 1996, aunque la formulación difiere ligeramente. Las personas que llevan a cabo uno de esos actos pueden cometer un crimen de lesa humanidad; no es necesario que la persona haya cometido múltiples actos, sino que el acto de la persona forme “parte” de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil¹⁶². La determinación de la existencia del nexo necesario exige “una evaluación objetiva que tenga en cuenta, en particular, las características, los objetivos, el carácter y/o las consecuencias del acto. Los actos aislados que claramente difieren en su contexto y circunstancias de otros actos que se producen durante un ataque no forman parte del ámbito de aplicación” del proyecto de artículo 3, párrafo 1¹⁶³. Tampoco es necesario que el delito sea cometido durante el ataque contra la población civil para que se cumpla este requisito; el delito puede formar parte del ataque si se puede conectar suficientemente con él¹⁶⁴.

Definiciones dentro de la definición

38) Tal y como se ha señalado anteriormente, el párrafo 2 a) del proyecto de artículo 3 define “ataque contra una población civil” a los efectos del proyecto de párrafo 1 del artículo 3. Los demás apartados b) a i) del párrafo 2 del proyecto de artículo 3 definen otras expresiones que figuran en el párrafo 1, en concreto, “exterminio”, “esclavitud”, “deportación o traslado forzoso de población”, “tortura”, “embarazo forzado”, “persecución”, “el crimen de *apartheid*” y “desaparición forzada de personas”. Además, el

¹⁵⁸ *Kunarac*, fallo, 12 de junio de 2002 (véase la nota 72 *supra*), párr. 103.

¹⁵⁹ Véase, por ejemplo, *Kunarac*, fallo, 22 de febrero de 2001 (véase la nota 59 *supra*), párr. 592.

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ *Katanga*, fallo, 7 de marzo de 2014 (véase la nota 59 *supra*), párr. 1125.

¹⁶² Véanse, por ejemplo, *Kunarac*, fallo, 12 de junio de 2002 (véase la nota 72 *supra*), párr. 100; *Tadić*, opinión y fallo, 7 de mayo de 1997 (véase la nota 54 *supra*), párr. 649.

¹⁶³ *Bemba*, fallo, 21 de marzo de 2016 (véase la nota 58 *supra*), párr. 165.

¹⁶⁴ Véanse, por ejemplo, *Prosecutor v. Mile Mrkšić and Veselin Šljivančanin*, causa núm. IT-95-13/1-A, fallo, 5 de mayo de 2009, Sala de Apelaciones, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 41; *Prosecutor v. Mladen Naletilić aka “Tuta” and Vinko Martinović aka “Štela”*, causa núm. IT-98-34-T, fallo, 31 de marzo de 2003, Sala de Primera Instancia, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 234, *Judicial Supplement No. 42*, junio de 2003; *Mrkšić*, fallo, 27 de septiembre de 2007 (véase la nota 55 *supra*), párr. 438; *Tadić*, fallo, 15 de julio de 1999 (véase la nota 46 *supra*), párr. 249.

párrafo 3 del proyecto de artículo 3 recoge una definición del término “género”. El artículo 7 del Estatuto de Roma de 1998 también contiene estas definiciones, que fueron consideradas relevantes por la Comisión con vistas a mantenerlas en el proyecto de artículo 3.

Párrafo 4

39) El párrafo 4 del proyecto de artículo 3 dispone lo siguiente: “El presente proyecto de artículo se entiende sin perjuicio de cualquier otra definición más amplia prevista en cualquier instrumento internacional o legislación nacional”. Esta disposición es similar al artículo 1, párrafo 2, de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, que dispone lo siguiente: “El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance”¹⁶⁵. El artículo 10 del Estatuto de Roma de 1998 (insertado en la parte II, titulada “De la competencia, la admisibilidad y el derecho aplicable”) también contiene “una cláusula sin perjuicio”, que dice así: “Nada de lo dispuesto en la presente parte se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo del derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto”.

40) El párrafo 4 tiene por objeto asegurar que la definición de “crímenes de lesa humanidad” recogida en el proyecto de artículo 3 no ponga en tela de juicio ninguna otra definición más amplia que pueda existir en otros instrumentos internacionales o en la legislación nacional. La expresión “instrumento internacional” debe entenderse en un sentido amplio y no únicamente en el de acuerdo internacional vinculante. Por ejemplo, la definición de “desaparición forzada de personas” que figura en el proyecto de artículo 3 sigue el artículo 7 del Estatuto de Roma de 1998, pero difiere de la definición que contienen la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 1992¹⁶⁶, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994¹⁶⁷ y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006¹⁶⁸. Esas diferencias consisten fundamentalmente en que estos últimos instrumentos no incluyen el elemento “con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley” ni las palabras “por un período prolongado” y que no se refieren a las organizaciones como posibles autores del crimen cuando actúan sin la participación del Estado.

41) En vista de estas diferencias, la Comisión consideró prudente incluir el párrafo 4 del proyecto de artículo 3. En esencia, mientras que los tres primeros párrafos del proyecto de artículo 3 definen los crímenes de lesa humanidad a los efectos del proyecto de artículos, ello se entiende sin perjuicio de definiciones más amplias previstas en instrumentos internacionales o en la legislación nacional. Así pues, si un Estado desea adoptar una definición más amplia en su legislación nacional, el presente proyecto de artículos no le impide hacerlo. Al mismo tiempo, uno de los objetivos importantes del proyecto de artículos es la armonización de la legislación nacional, de forma que pueda servir de base para una sólida cooperación entre Estados. Cualquier elemento recogido en la legislación nacional que no entre en el ámbito de aplicación del presente proyecto de artículos no podría acogerse a sus disposiciones, incluidas las relativas a la extradición y la asistencia jurídica recíproca.

¹⁶⁵ Convención contra la Tortura, art. 1, párr. 2.

¹⁶⁶ Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, resolución 47/133 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1992.

¹⁶⁷ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Belém do Pará, 9 de junio de 1994), Organización de los Estados Americanos, *Treaty Series*, núm. 60.

¹⁶⁸ Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (Nueva York, 20 de diciembre de 2006), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2716, núm. 48088, pág. 3.

Artículo 4 Obligación de prevención

1. Todo Estado se compromete a prevenir los crímenes de lesa humanidad, de conformidad con el derecho internacional, entre otras cosas:

a) adoptando medidas legislativas, administrativas, judiciales u otras medidas preventivas eficaces en todo territorio que esté bajo su jurisdicción; y

b) cooperando con otros Estados, organizaciones intergubernamentales pertinentes y, según proceda, otras organizaciones.

2. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales, tales como un conflicto armado, la inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública, como justificación de los crímenes de lesa humanidad.

Comentario

1) El proyecto de artículo 4 enuncia una obligación de prevención con respecto a los crímenes de lesa humanidad. Al examinar esa obligación, la Comisión consideró pertinente estudiar la práctica convencional existente en materia de prevención de delitos y otros actos. En muchos casos, esos instrumentos se refieren a actos que, cuando se cometen en determinadas circunstancias, pueden constituir crímenes de lesa humanidad (por ejemplo, el genocidio, la tortura, el *apartheid* o la desaparición forzada). Por tanto, la obligación de prevención establecida en esos instrumentos se extiende asimismo a la prevención de los actos en cuestión cuando también pueden constituir crímenes de lesa humanidad.

2) Ya se encuentra un ejemplo significativo de la obligación de prevenir en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, cuyo artículo I establece: “Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar”¹⁶⁹. Además, el artículo V dispone: “Las Partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III”. El artículo VIII establece: “Toda Parte contratante puede recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que estos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y la represión de actos de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III”. Así pues, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 contiene varios elementos relativos a la prevención: una obligación general de prevenir el genocidio; una obligación de adoptar medidas nacionales para dar efecto a las disposiciones de la Convención; y una disposición sobre la cooperación de los Estados partes con las Naciones Unidas para la prevención del genocidio.

3) Esta obligación de prevención es característica de la mayoría de los tratados multilaterales celebrados desde los años sesenta que se refieren a los delitos. A título de ejemplo, cabe citar los siguientes: el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil de 1971¹⁷⁰; la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, de 1973¹⁷¹; la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del

¹⁶⁹ Convención contra el Genocidio, art. I.

¹⁷⁰ Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil (Montreal, 23 de septiembre de 1971), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 974, núm. 14118, pág. 177. El artículo 10, párrafo 1, establece lo siguiente: “Los Estados contratantes procurarán tomar, de acuerdo con el derecho internacional y sus propias leyes, todas las medidas que sean factibles para impedir la comisión de los delitos previstos en el artículo 1”.

¹⁷¹ Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos (Nueva York, 14 de diciembre de 1973), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1035, núm. 15410, pág. 167, art. 4 (“Los Estados partes cooperarán en la prevención de los delitos previstos en el artículo 2, en particular: a) adoptando todas

Crimen de *Apartheid* de 1973¹⁷²; la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes de 1979¹⁷³; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984¹⁷⁴; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985¹⁷⁵; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994¹⁷⁶; la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado de 1994¹⁷⁷; el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas de 1997¹⁷⁸; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000¹⁷⁹; el Protocolo para

las medidas factibles a fin de impedir que se prepare en sus respectivos territorios la comisión de tales delitos tanto dentro como fuera de su territorio”).

¹⁷² Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid* (Nueva York, 30 de noviembre de 1973), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1015, núm. 14861, pág. 243, art. IV (“Los Estados Partes en la presente Convención se obligan [...] a) Adoptar las medidas legislativas o de otro orden que sean necesarias para reprimir e impedir el aliento al crimen de *apartheid* y las políticas segregacionistas similares o sus manifestaciones y para castigar a las personas culpables de tal crimen”).

¹⁷³ Convención Internacional contra la Toma de Rehenes (Nueva York, 17 de diciembre de 1979), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1316, núm. 21931, pág. 205, art. 4, párr. 1 (“Los Estados partes cooperarán en la prevención de los delitos previstos en el artículo 1, en particular: a) Adoptando todas las medidas factibles a fin de impedir que se prepare en sus respectivos territorios la comisión de [...] delitos [...], en particular medidas para prohibir en los mismos las actividades ilegales de personas, grupos y organizaciones que alienten, instiguen, organicen o cometan actos de toma de rehenes”).

¹⁷⁴ Convención contra la Tortura, art. 2, párr. 1 (“Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción”).

¹⁷⁵ Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Cartagena de Indias, 9 de diciembre de 1985), Organización de los Estados Americanos, *Serie sobre Tratados*, núm. 67, art. 1 (“Los Estados partes se obligan a prevenir y a sancionar la tortura en los términos de la presente Convención”. El artículo 6 dispone lo siguiente: “Igualmente, los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar, además, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el ámbito de su jurisdicción”).

¹⁷⁶ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, art. 1 (“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a [...] c) Cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas; d) Tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención”).

¹⁷⁷ Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado (Nueva York, 9 de diciembre de 1994), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2051, núm. 35457, pág. 363, art. 11 (“Los Estados Partes cooperarán en la prevención de los delitos enumerados en el artículo 9, en particular: a) Adoptando todas las medidas factibles para impedir que se prepare en sus respectivos territorios la comisión de esos delitos dentro o fuera de su territorio; y b) Intercambiando información de acuerdo con su legislación nacional y coordinando la adopción de las medidas administrativas y de otra índole que sean procedentes para impedir que se cometan esos delitos”).

¹⁷⁸ Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas (Nueva York, 15 de diciembre de 1997), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2149, núm. 37517, pág. 256, art. 15 (“Los Estados partes cooperarán en la prevención de los delitos previstos en el artículo 2”).

¹⁷⁹ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Nueva York, 15 de noviembre de 2000), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2225, núm. 39574, pág. 209, art. 9, párr. 1 (“Además de las medidas previstas en el artículo 8 de la presente Convención, cada Estado Parte, en la medida en que proceda y sea compatible con su ordenamiento jurídico, adoptará medidas eficaces de carácter legislativo, administrativo o de otra índole para promover la integridad y para prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos.”); art. 9, párr. 2 (“Cada Estado Parte adoptará medidas encaminadas a garantizar la intervención eficaz de sus autoridades con miras a prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos, incluso dotando a dichas autoridades de suficiente independencia para disuadir del ejercicio de cualquier influencia indebida en su actuación.”); art. 29, párr. 1 (“Cada Estado Parte, en la medida necesaria, formulará, desarrollará o perfeccionará programas de capacitación específicamente concebidos para el personal de sus servicios encargados de hacer cumplir la ley, incluidos fiscales, jueces de instrucción y personal de aduanas, así como para el personal de otra índole encargado de la prevención, la detección y el control de los delitos comprendidos en la presente Convención.”); art. 31, párr. 1 (“Los Estados Partes procurarán

Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000¹⁸⁰; el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 2002¹⁸¹; y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006¹⁸².

4) Algunos tratados multilaterales de derechos humanos, aun cuando no se centran en la prevención y la sanción de los delitos mismos, incluyen obligaciones para prevenir y reprimir las violaciones de los derechos humanos. A título de ejemplo cabe citar los siguientes: la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1966¹⁸³, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979¹⁸⁴ y el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica de

formular y evaluar proyectos nacionales y establecer y promover prácticas y políticas óptimas para la prevención de la delincuencia organizada transnacional”).

¹⁸⁰ Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Nueva York, 15 de noviembre de 2000), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2237, núm. 39574, pág. 319, art. 9, párr. 1 (“Los Estados Partes establecerán políticas, programas y otras medidas de carácter amplio con miras a: a) Prevenir y combatir la trata de personas; y b) Proteger a las víctimas de trata de personas, especialmente las mujeres y los niños, contra un nuevo riesgo de victimización”).

¹⁸¹ Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 18 de diciembre de 2002), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2375, núm. 24841, pág. 237. El preámbulo dispone lo siguiente: “Recordando que la prevención efectiva de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes requiere educación y una combinación de diversas medidas legislativas, administrativas, judiciales y de otro tipo”. El artículo 3 establece lo siguiente: “Cada Estado Parte establecerá, designará o mantendrá, a nivel nacional, uno o varios órganos de visitas para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

¹⁸² Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. El preámbulo dispone lo siguiente: “Decididos a prevenir las desapariciones forzadas y a luchar contra la impunidad en lo que respecta al delito de desaparición forzada”. El artículo 23 establece: “1. Cada Estado Parte velará por que la formación del personal militar o civil encargado de la aplicación de la ley, del personal médico, de los funcionarios y de otras personas que puedan intervenir en la custodia o tratamiento de las personas privadas de libertad, incluya la enseñanza y la información necesarias sobre las disposiciones pertinentes de la presente Convención, a fin de: a) Prevenir la participación de esos agentes en desapariciones forzadas; b) Resaltar la importancia de la prevención y de las investigaciones en materia de desapariciones forzadas; c) Velar por que se reconozca la urgencia de la resolución de los casos de desaparición forzada. 2. Cada Estado Parte prohibirá las órdenes o instrucciones que dispongan, autoricen o alienten las desapariciones forzadas. Cada Estado Parte garantizará que la persona que rehúse obedecer una orden de esta naturaleza no sea sancionada. 3. Cada Estado Parte tomará las medidas necesarias para que, cuando las personas a las que se refiere el párrafo 1 del presente artículo tengan razones para creer que se ha producido o está a punto de producirse una desaparición forzada, informen a sus superiores y, cuando sea necesario, a las autoridades u órganos de control o de revisión competentes”.

¹⁸³ Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Nueva York, 7 de marzo de 1966), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 660, pág. 241, art. 3 (“Los Estados Partes condenan especialmente la segregación racial y el *apartheid* y se comprometen a prevenir, prohibir y eliminar en los territorios bajo su jurisdicción todas las prácticas de esta naturaleza”).

¹⁸⁴ Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Nueva York, 18 de diciembre de 1979), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1249, núm. 20378, pág. 13, art. 2 (“Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer”. El artículo 3 establece lo siguiente: “Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre”).

2011¹⁸⁵. Algunos tratados no se refieren expresamente a la “prevención” o “eliminación” del acto, sino que se centran más bien en la obligación de adoptar medidas legislativas, administrativas y de otra índole apropiadas para “dar efecto” o “aplicar” el tratado, lo que puede considerarse que abarca las medidas necesarias o apropiadas para prevenir el acto. A título de ejemplo cabe citar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966¹⁸⁶ y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989¹⁸⁷.

5) Los tribunales internacionales han abordado estas obligaciones de prevención. En la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*, la Corte Internacional de Justicia observó que, en el contexto de la Convención, el deber de sancionar guarda relación con el deber de prevenir, aun cuando es distinto de este. Si bien “una de las maneras más efectivas de prevenir los actos delictivos es, en general, establecer sanciones aplicables a las personas que cometan esos actos, e imponer esas sanciones de manera efectiva a quienes cometan los actos que se pretende prevenir”¹⁸⁸, la Corte consideró que “el deber de prevenir el genocidio y el deber de sancionar a sus autores son dos obligaciones distintas pero conectadas”¹⁸⁹. Ciertamente, la “obligación de cada Estado contratante de prevenir el genocidio es tanto preceptiva como ineludible, y no está incorporada al deber de sancionar, ni puede considerarse simplemente como un componente de ese deber”¹⁹⁰.

6) Esa práctica convencional, la jurisprudencia, y la aceptación bien arraigada entre los Estados de que los crímenes de lesa humanidad son crímenes según el derecho internacional que deben ser sancionados con independencia de que hayan sido cometidos o no en tiempo de conflicto armado y estén o no tipificados en el derecho interno, implican que los Estados han contraído la obligación de prevenir los crímenes de lesa humanidad. Así pues, el párrafo 1 del proyecto de artículo 4 formula una obligación de prevención similar a la enunciada en el artículo I de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, ya que comienza con las palabras “Todo Estado se compromete a prevenir los crímenes de lesa humanidad...”.

7) En la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*, la Corte Internacional de Justicia analizó el significado de la expresión “se comprometen a prevenir”, que figura en el artículo I de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948. Durante la fase de examen de las medidas provisionales, la Corte determinó que ese compromiso imponía una “obligación clara” a las partes “de hacer

¹⁸⁵ Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica (Estambul, 5 de noviembre de 2011), Consejo de Europa, *Treaty Series*, núm. 210, art. 4, párr. 2 (“Las Partes condenan todas las formas de discriminación contra las mujeres y tomarán, sin demora, las medidas legislativas y de otro tipo para prevenirla, en particular: indicando en sus constituciones nacionales o en cualquier otro texto legislativo adecuado el principio de la igualdad entre mujeres y hombres, garantizando la aplicación efectiva del mencionado principio; prohibiendo la discriminación contra las mujeres, recurriendo incluso, en su caso, a sanciones; derogando todas las leyes y prácticas que discriminan a la mujer”).

¹⁸⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 999, núm. 14668, pág. 171, art. 2, párr. 2 (“Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”).

¹⁸⁷ Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 20 de noviembre de 1989), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1577, núm. 27531, pág. 3, art. 4 (“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención”).

¹⁸⁸ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, fallo, *I.C.J. Reports 2007*, págs. 43 y ss., en especial pág. 219, párr. 426.

¹⁸⁹ *Ibid.*, párr. 425.

¹⁹⁰ *Ibid.*, pág. 220, párr. 427.

todo lo posible para prevenir la comisión de tales actos en el futuro”¹⁹¹. En la fase de examen del fondo, la Corte describió el sentido corriente de la palabra “comprometerse” como:

realizar una promesa formal, obligarse o empeñar la palabra, hacer una promesa, convenir en algo, aceptar una obligación. Es una palabra que se utiliza habitualmente en los tratados al enunciar las obligaciones de las Partes Contratantes [...]. No tiene carácter meramente exhortatorio o deliberado. El compromiso es incondicional [...] y no debe interpretarse simplemente como una introducción a referencias expresas posteriores a la legislación, el enjuiciamiento y la extradición. Esas características permiten concluir que el artículo I, en particular su compromiso de prevenir, crea obligaciones distintas de las contenidas en los artículos siguientes¹⁹².

El compromiso de prevenir los crímenes de lesa humanidad que se formula en el párrafo 1 del proyecto de artículo 4 pretende expresar el mismo tipo de efecto jurídicamente vinculante para los Estados; tampoco tiene carácter meramente exhortatorio o deliberado ni es simplemente una introducción a proyectos de artículo posteriores.

8) En la misma causa, la Corte Internacional de Justicia señaló además que, cuando tomen medidas de prevención, “es evidente que los Estados solo podrán actuar dentro de los límites del derecho internacional”¹⁹³. La Comisión consideró importante recoger ese requisito de manera explícita en el párrafo 1 del proyecto de artículo 4, y por ello ha incluido una cláusula en la que se indica que toda medida de prevención ha de adoptarse “de conformidad con el derecho internacional”. Así pues, las medidas adoptadas por un Estado para cumplir esta obligación han de ser compatibles con las normas del derecho internacional, incluidas las normas sobre el uso de la fuerza establecidas en la Carta de las Naciones Unidas, el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos. Solo se espera del Estado que tome las medidas que legalmente pueda adoptar según el derecho internacional para prevenir los crímenes de lesa humanidad.

9) Como se establece en el párrafo 1 del proyecto de artículo 4, esta obligación de prevención contiene expresa o implícitamente cuatro elementos. En primer lugar, en virtud de este compromiso, los Estados tienen la obligación de no “cometer tales actos por medio de sus propios órganos, o de las personas respecto de las cuales tuvieran un control tan firme que su conducta fuera atribuible al Estado en cuestión con arreglo al derecho internacional”¹⁹⁴. Como señaló la Corte Internacional de Justicia al examinar la obligación de prevención análoga contenida en el artículo I de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948:

En el artículo I, los Estados partes se comprometen a prevenir la comisión de este tipo de acto, que el artículo describe como “un delito de derecho internacional”. El artículo no exige expresamente a los Estados que se abstengan de cometer actos de genocidio. Sin embargo, en opinión de la Corte, teniendo en cuenta el propósito reconocido de la Convención, el artículo I tiene el efecto de prohibir a los Estados que cometan ellos mismos el delito de genocidio. Esta prohibición se desprende, en primer lugar, del hecho de que el artículo caracteriza al genocidio como “un delito de derecho internacional”: al aceptar esa caracterización, los Estados partes lógicamente se comprometen a no cometer el acto descrito. En segundo lugar, esta prohibición se infiere de la obligación expresa de prevenir la comisión de actos de genocidio. Esta obligación exige, entre otras cosas, que los Estados partes empleen los medios a su disposición, en las circunstancias que se describen en mayor detalle posteriormente en este fallo, para evitar que personas o grupos que no se hallen bajo

¹⁹¹ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, medidas provisionales, providencia de 8 de abril de 1993, *I.C.J. Reports 1993*, págs. 3 y ss., en especial pág. 22, párr. 45.

¹⁹² *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (véase la nota 188 *supra*), págs. 43 y ss., en especial pág. 111, párr. 162.

¹⁹³ *Ibid.*, pág. 221, párr. 430.

¹⁹⁴ *Ibid.*, pág. 113, párr. 166.

su autoridad directa cometan un acto de genocidio o alguno de los demás actos mencionados en el artículo III. Sería paradójico que los Estados tuvieran, por lo tanto, la obligación de prevenir, en la medida de sus posibilidades, la comisión de actos de genocidio por parte de personas sobre las que tienen una cierta influencia, pero que no se les prohibiera cometer esos actos a través de sus propios órganos, o de personas sobre las que tuvieran un control tal que sus actos serían atribuibles al Estado en cuestión con arreglo al derecho internacional. En resumen, la obligación de prevenir el genocidio implica necesariamente la prohibición de cometer el delito de genocidio¹⁹⁵.

10) La Corte también decidió que la obligación sustantiva contemplada en el artículo I no se circunscribía, en sus propios términos, a un territorio, sino que era aplicable “a un Estado dondequiera que actuara o pudiera actuar de manera adecuada a fin de cumplir la obligación en cuestión”¹⁹⁶.

11) Ante el incumplimiento de esta obligación de no cometer esos actos directamente, el Estado incurre en responsabilidad si la conducta en cuestión es atribuible al Estado en virtud de las normas relativas a la responsabilidad del Estado. De hecho, en el contexto de las controversias que puedan surgir en el marco de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, el artículo IX se refiere, entre otras cosas, a las controversias “relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio”. Si bien gran parte de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 se refiere principalmente al enjuiciamiento de individuos por la comisión del delito de genocidio, la Corte Internacional de Justicia ha subrayado que el incumplimiento de la obligación de prevenir no constituye una infracción de naturaleza penal por parte del Estado, sino más bien un incumplimiento del derecho internacional que entraña la responsabilidad del Estado¹⁹⁷. El planteamiento de la Corte concuerda con las opiniones expresadas anteriormente por la Comisión¹⁹⁸, por ejemplo, en el comentario a los Artículos de 2001 sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos: “Cuando los delitos contra el derecho internacional hayan sido cometidos por funcionarios del Estado, ocurre muchas veces que el propio Estado es responsable de los hechos de que se trate o por no haberlos prevenido o sancionado”¹⁹⁹.

12) En segundo lugar, el compromiso enunciado en el párrafo 1 del proyecto de artículo 4 impone a los Estados la obligación de “emplear todos los medios de que disponen [...] con la finalidad de prevenir que personas o grupos que no se encuentran directamente bajo su autoridad cometan” esos actos²⁰⁰. En este caso, se espera que el Estado parte ponga su máximo empeño (un estándar de diligencia debida) cuando tenga la “capacidad de influir efectivamente sobre las acciones de las personas que podrían cometer, o que estén cometiendo, el delito de genocidio”, lo que a su vez depende de los vínculos geográficos, políticos y de otro tipo que existen entre el Estado parte y las personas o grupos en cuestión²⁰¹. Ese estándar con respecto a la obligación de prevención establecido en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 fue analizado por la Corte Internacional de Justicia del siguiente modo:

[E]s evidente que la obligación en cuestión es de conducta y no de resultado, en el sentido de que un Estado no puede estar obligado a lograr prevenir, cualesquiera que sean las circunstancias, la comisión de actos de genocidio: la obligación de los Estados partes es, más bien, emplear todos los medios

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ *Ibid.*, pág. 120, párr. 183.

¹⁹⁷ *Ibid.*, pág. 114, párr. 167 (la Corte determinó que “la naturaleza de la responsabilidad internacional es muy distinta de la de la responsabilidad penal”).

¹⁹⁸ *Anuario...*, 1998, vol. II (segunda parte), pág. 70, párr. 248 (en el que la Comisión determinó que la Convención sobre el Genocidio “en su artículo IX, relativo a la responsabilidad del Estado, no [...] hacía referencia al crimen de Estado ni a la responsabilidad penal del Estado”).

¹⁹⁹ *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 152, párr. 3) del comentario al art. 58.

²⁰⁰ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (véase la nota 188 *supra*), págs. 43 y ss., en especial pág. 113, párr. 166.

²⁰¹ *Ibid.*, pág. 221, párr. 430.

razonablemente a su disposición a fin de prevenir el genocidio en la medida de lo posible. Un Estado no incurre en responsabilidad simplemente porque no ha logrado conseguir el resultado deseado; sin embargo, incurrirá en responsabilidad si resulta manifiesto que no ha adoptado todas las medidas a su alcance para prevenir el genocidio, y que podrían haber ayudado a prevenir el genocidio. En este ámbito, es de importancia crítica el concepto de “diligencia debida”, que exige un análisis del caso concreto. Cuando se intenta determinar si un Estado ha cumplido esta obligación, entran en juego varios parámetros. El primero, que varía considerablemente de un Estado a otro, es sin duda la capacidad de influir verdaderamente sobre la conducta de personas que podrían cometer, o están cometiendo, actos de genocidio. Esta capacidad depende, entre otras cosas, de la distancia geográfica que separa al Estado en cuestión del lugar de los hechos, y de cuán estrechos sean los vínculos políticos, o de otro tipo, que existen entre las autoridades de ese Estado y los protagonistas de los hechos. La capacidad de influencia que tiene el Estado también se debe evaluar en función de criterios jurídicos, puesto que es evidente que los Estados solo pueden actuar dentro de los límites del derecho internacional; por tanto, la capacidad de influencia de un Estado puede variar en función de la posición jurídica que ocupa frente a las situaciones y las personas que podrían ser víctimas, o efectivamente lo sean, de actos de genocidio. Por otra parte, es irrelevante que el Estado al que se pretende atribuir responsabilidad por los hechos afirme, o hasta pruebe, que incluso si hubiera empleado todos los medios razonablemente a su disposición, estos no habrían sido suficientes para prevenir la comisión del delito de genocidio. Este argumento no solo es generalmente difícil de probar, sino que resulta irrelevante al objeto de determinar si se ha incumplido la obligación de conducta en cuestión, sobre todo porque existe la posibilidad de que los esfuerzos conjuntos de varios Estados, cada uno cumpliendo su obligación de prevenir, podrían haber permitido alcanzar el resultado buscado, es decir, prevenir la comisión del delito de genocidio, cuando los esfuerzos de un solo Estado no hubieran bastado para obtenerlo²⁰².

Al mismo tiempo, la Corte sostuvo que “un Estado únicamente puede incurrir en responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de prevenir el genocidio si efectivamente se ha cometido un genocidio”²⁰³.

13) En tercer lugar, y como se desprende de lo que antecede, el compromiso enunciado en el párrafo 1 del proyecto de artículo 4 obliga a los Estados a poner en marcha activamente y con antelación medidas destinadas a impedir que se cometa el delito, por ejemplo “[a]doptando medidas legislativas, administrativas, judiciales u otras medidas preventivas eficaces en todo territorio que esté bajo su jurisdicción o control”, como se indica en el apartado a). Este texto se inspira en el artículo 2, párrafo 1, de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, que dispone: “Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción”²⁰⁴.

14) Se emplea la expresión “otras medidas preventivas”, en vez de solo “de otra índole”, para reforzar la idea de que las medidas a que se hace referencia en esta cláusula únicamente guardan relación con la prevención. El término “eficaces” significa que se espera que el Estado mantenga en examen las medidas que ha adoptado y, que si son deficientes, las mejore adoptando medidas más eficaces. En sus observaciones sobre la disposición análoga de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, el Comité contra la Tortura ha declarado lo siguiente:

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ *Ibid.*, pág. 221, párr. 431; véase *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 27 (proyecto de artículos sobre la responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos, art. 14, párr. 3: “La violación de una obligación internacional en virtud de la cual el Estado debe prevenir un acontecimiento determinado tiene lugar cuando se produce el acontecimiento”).

²⁰⁴ Convención contra la Tortura, art. 2, párr. 1.

Los Estados partes están obligados a eliminar todos los obstáculos legales y de otra índole que impidan la erradicación de la tortura y los malos tratos, y a adoptar medidas eficaces para impedir efectivamente esas conductas y su reiteración. También tienen la obligación de mantener en examen y mejorar constantemente su legislación nacional y actuación en lo que respecta a la Convención, de conformidad con las observaciones finales y los dictámenes del Comité a propósito de las comunicaciones individuales. Si las medidas adoptadas por el Estado parte no cumplen el propósito de erradicar los actos de tortura, la Convención exige que se reexaminen o que se adopten nuevas medidas más eficaces²⁰⁵.

15) En cuanto a las medidas específicas que deberá adoptar un Estado, en 2015 el Consejo de Derechos Humanos aprobó una resolución sobre la prevención del genocidio²⁰⁶ que aporta información sobre el tipo de medidas que se espera que se adopte para dar cumplimiento al artículo I de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948. Entre otras cosas, en la resolución: a) se reiteró “la responsabilidad de cada Estado a título individual de proteger a su población contra el genocidio, lo que conlleva la prevención de este crimen, incluida la incitación a cometerlo, por los medios que sean apropiados y necesarios”²⁰⁷; b) se alentó “a los Estados Miembros a fomentar su capacidad de prevenir el genocidio mediante el desarrollo de los propios conocimientos especializados y la creación de oficinas apropiadas en los Gobiernos para intensificar la labor de prevención”²⁰⁸; y c) se alentó “a los Estados a que estudien la posibilidad de nombrar coordinadores para la prevención del genocidio que puedan cooperar e intercambiar información y mejores prácticas entre ellos y con el Asesor Especial del Secretario General sobre la Prevención del Genocidio, así como con los órganos de las Naciones Unidas y los mecanismos regionales y subregionales pertinentes”²⁰⁹.

16) En el contexto regional, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950²¹⁰ no contiene ninguna obligación expresa de “prevenir” que se infrinja el Convenio, pero el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado que el artículo 2, párrafo 1 (relativo al derecho a la vida) contiene esa obligación y requiere que se adopten medidas preventivas apropiadas, por ejemplo “estableciendo un marco legal y administrativo adecuado para disuadir de la comisión de delitos contra las personas, respaldado por un mecanismo de aplicación de la ley para prevenir, reprimir y castigar todo incumplimiento de esas disposiciones”²¹¹. Al mismo tiempo, el Tribunal ha reconocido que la obligación del Estado parte en este sentido es limitada²¹². Del mismo modo, si bien la Convención Americana sobre Derechos Humanos

²⁰⁵ Véase Comité contra la Tortura, observación general núm. 2 (2007) sobre la aplicación del artículo 2, párrafo 4, en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/63/44)*, anexo VI.

²⁰⁶ Informe del Consejo de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 53 (A/70/53)*, cap. II, resolución 28/34, aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 27 de marzo de 2015.

²⁰⁷ *Ibid.*, párr. 2.

²⁰⁸ *Ibid.*, párr. 3.

²⁰⁹ *Ibid.*, párr. 4.

²¹⁰ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 213, núm. 2889, pág. 221 (en adelante, “Convenio Europeo de Derechos Humanos”).

²¹¹ *Makaratzis v. Greece*, demanda núm. 50385/99, sentencia de 20 de diciembre de 2004, Gran Sala, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2004-XI, párr. 57; véase *Kiliç v. Turkey*, demanda núm. 22492/93, sentencia de 28 de marzo de 2000, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2000-III, párr. 62 (donde el Tribunal determinó que el artículo 2, párrafo 1, obligaba al Estado parte no solo a abstenerse de privar a alguien de su vida ilegítima e intencionadamente, sino también a adoptar las medidas adecuadas con arreglo a su ordenamiento jurídico interno para salvaguardar la vida de las personas que se encontraran dentro de su jurisdicción).

²¹² *Mahmut Kaya v. Turkey*, demanda núm. 22535/93, sentencia de 28 de marzo de 2000, Primera Sección, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2000-III, párr. 86 (“Teniendo en cuenta las dificultades que plantea la vigilancia de las sociedades modernas, la imprevisibilidad de la conducta humana y las elecciones operativas que deben tomarse en cuanto a las

de 1969²¹³ no contiene ninguna obligación expresa de “prevenir” las transgresiones de la Convención, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al interpretar la obligación de los Estados partes de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención²¹⁴, ha llegado a la conclusión de que esta obligación implica un “deber de prevención”, que a su vez supone que el Estado parte debe adoptar ciertas medidas. La Corte ha determinado que:

El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. No es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas, que varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte²¹⁵.

Un razonamiento similar ha sustentado el enfoque seguido por esta Corte al interpretar el artículo 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985²¹⁶.

17) Así pues, las medidas preventivas específicas que un determinado Estado deberá adoptar con respecto a los crímenes de lesa humanidad dependerán del contexto y los riesgos en cuestión para ese Estado con respecto a esos delitos. Una obligación de esta índole en general obliga al Estado parte a: a) aprobar la legislación y las políticas nacionales necesarias para dar a conocer el carácter delictivo del acto y promover la detección temprana de los riesgos de su comisión; b) someter continuamente a examen esa legislación y esas políticas y, de ser necesario, mejorarlas; c) emprender iniciativas para informar a funcionarios públicos respecto de las obligaciones asumidas por el Estado con arreglo al proyecto de artículos; d) poner en marcha programas de formación para la policía, el ejército, las milicias y otras personas relevantes en la medida en que sea necesario para ayudar a prevenir la comisión de crímenes de lesa humanidad; y e) cuando se cometa el acto prohibido, cumplir de buena fe cualquier otra obligación de investigar y enjuiciar o extraditar a los responsables, puesto que ello ayudaría, en parte, a disuadir a otras personas de cometer estos actos en el futuro²¹⁷. Es posible que ya existan en el Estado

prioridades y los recursos, la obligación positiva [del artículo 2, párrafo 1] debe interpretarse de manera que no imponga una carga imposible o desproporcionada a las autoridades.”); véanse también *Kerimova and others v. Russia*, demandas núms. 17170/04, 20792/04, 22448/04, 23360/04, 5681/05 y 5684/05, sentencia definitiva de 15 de septiembre de 2011, Primera Sección, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, párr. 246; *Osman v. the United Kingdom*, sentencia de 28 de octubre de 1998, Gran Sala, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Reports* 1998-VIII, párr. 116.

²¹³ Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Pacto de San José de Costa Rica” (San José, 22 de noviembre de 1969), Organización de los Estados Americanos, *Treaty Series*, vol. 1144, núm. 17955, pág. 123.

²¹⁴ El artículo 1, párrafo 1, establece lo siguiente: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna”. Cabe señalar que el artículo 1 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos estipula que los Estados partes “reconocerán los derechos, obligaciones y libertades consagrados en la Carta y se comprometerán a adoptar medidas legislativas o de otra índole para hacerlos efectivos”. Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (“Carta de Banjul”) (Nairobi, 27 de junio de 1981), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1520, núm. 26363, pág. 217.

²¹⁵ *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988 (fondo), Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 4, párr. 175; véanse también *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, sentencia de 8 de julio de 2004 (fondo, reparaciones y costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 110, párr. 155; *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, sentencia de 7 de junio de 2003 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 99, párrs. 137 y 142.

²¹⁶ *Tibi vs. Ecuador*, sentencia de 7 de septiembre de 2004 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 114, párr. 159; véase también *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú* (véase la nota 215 *supra*), párr. 155.

²¹⁷ Véanse medidas comparables con respecto a la prevención de violaciones específicas de los derechos humanos en Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 6 (1988) sobre el mecanismo nacional efectivo y publicidad, párrs. 1 y 2, *Documentos Oficiales*

algunas medidas, tales como programas de formación, para ayudar a prevenir actos ilícitos (como el homicidio, la tortura o la violación) que están relacionados con los crímenes de lesa humanidad. El Estado está obligado a complementar esas medidas, según sea necesario, para prevenir específicamente los crímenes de lesa humanidad. En este caso, la responsabilidad internacional del Estado también surge cuando el Estado no ha puesto el máximo empeño para organizar el aparato gubernamental y administrativo, cuando fuera necesario y apropiado, a fin de reducir al mínimo la probabilidad de que se cometa el acto prohibido.

18) El apartado a) del párrafo 1 del proyecto de artículo 4 hace referencia a un Estado que adopta medidas legislativas, administrativas, judiciales u otras medidas preventivas eficaces “en todo territorio que esté bajo su jurisdicción”. Se refiere al territorio de un Estado, pero también a las actividades realizadas en otro territorio que esté bajo la jurisdicción del Estado. Como la Comisión ha explicado anteriormente,

abarca situaciones en las que un Estado ejerce jurisdicción *de facto* aun cuando carezca de jurisdicción *de iure*, como en los casos de intervención y ocupación ilícitas y de anexión. Cabe recordar, a este respecto, la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia relativa a *Namibia*. En esa opinión consultiva, la Corte, tras considerar a Sudáfrica responsable de haber creado y mantenido una situación que la Corte halló ilegal y afirmar que Sudáfrica estaba obligada a retirar su administración de Namibia, atribuyó no obstante ciertas consecuencias legales al control *de facto* de Sudáfrica sobre Namibia²¹⁸.

de la Asamblea General, cuadragésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 38 (A/43/38), cap. V, párr. 770; Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 15 (1990) sobre la necesidad de evitar la discriminación contra la mujer en las estrategias nacionales de acción preventiva y lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), ibid., cuadragésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 38 (A/45/38), cap. IV, párr. 438; Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 19 (1992) sobre la violencia contra la mujer, párr. 9, ibid., cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 38 (A/47/38), cap. I; Comité de los Derechos del Niño, observación general núm. 5 (2003) sobre las medidas generales de aplicación de la Convención, párr. 9, ibid., quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 41 (A/59/41), anexo XI; Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 31 (2004) sobre la índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto, ibid., quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 40 (A/59/40), vol. I, anexo III; Comité de los Derechos del Niño, observación general núm. 6 (2005) sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, párrs. 50 a 63, ibid., sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 41 (A/61/41), anexo II; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, recomendación general núm. 31 (2005) sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la justicia penal, párr. 5, ibid., sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 18 (A/60/18), cap. IX, párr. 460; véanse también los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, resolución 60/147 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 2005, anexo, principio 3 a) (“La obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario según lo previsto en los respectivos ordenamientos jurídicos comprende, entre otros, el deber de: a) Adoptar disposiciones legislativas y administrativas y otras medidas apropiadas para impedir las violaciones”).

²¹⁸ *Anuario..., 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párr. 12) del comentario al artículo 1 del proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, pág. 161 (donde se cita *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, págs. 16 y ss., en especial pág. 54, párr. 118); véase también *Anuario..., 2006*, vol. II (segunda parte), pág. 77, párr. 25) del comentario al principio 2 del proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 226 y ss., en especial pág. 242, párr. 29 (donde se hace referencia a “la obligación general de los Estados de garantizar que las actividades realizadas bajo su jurisdicción y control respeten el medio ambiente de otros Estados o de otras zonas situadas más allá del control nacional”).

19) En cuarto lugar, el compromiso enunciado en el párrafo 1 del proyecto de artículo 4 impone a los Estados la obligación de establecer ciertas formas de cooperación, no solo entre sí, sino también con organizaciones como las Naciones Unidas, el Comité Internacional de la Cruz Roja y la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. El deber de los Estados de cooperar en la prevención de los crímenes de lesa humanidad dimana, en primer lugar, del Artículo 1, párrafo 3, de la Carta de las Naciones Unidas²¹⁹, en el que se indica que uno de los propósitos de la Carta es “[r]ealizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter [...] humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos”. Asimismo, en los Artículos 55 y 56 de la Carta, todos los Miembros de las Naciones Unidas se comprometen “a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de” ciertos propósitos, como “el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos”. Concretamente, en lo que respecta a la prevención de los crímenes de lesa humanidad, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en sus Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad de 1973, reconoció la existencia de una responsabilidad general de cooperación interestatal y adopción de medidas en el seno de los Estados para prevenir la comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Entre otras cosas, la Asamblea afirmó: “los Estados cooperarán bilateral y multilateralmente para reprimir y prevenir los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad y tomarán todas las medidas internas e internacionales necesarias a ese fin”²²⁰.

20) Así pues, en el apartado b) del párrafo 1 del proyecto de artículo 4 se indica que los Estados deberán cooperar entre sí a fin de prevenir los crímenes de lesa humanidad y cooperar con las organizaciones intergubernamentales pertinentes. Con el término “pertinentes” se pretende indicar que la cooperación con una organización intergubernamental determinada dependerá, entre otras cosas, de las funciones de la organización, de la relación del Estado con esa organización y del contexto en el que surja la necesidad de cooperación. Asimismo, en el apartado b) se establece que los Estados deberán cooperar, según proceda, con otras organizaciones. Ello incluye a organizaciones no gubernamentales que puedan desempeñar una función importante en la prevención de los crímenes de lesa humanidad en países determinados. Se utiliza la expresión “según proceda” para indicar que la obligación de cooperación, además de tener carácter contextual, no se aplica a esas organizaciones en la misma medida que a los Estados y las organizaciones intergubernamentales pertinentes.

21) En el párrafo 2 del proyecto de artículo 4 se indica que no podrán invocarse circunstancias excepcionales como justificación del crimen. Este texto se inspira en el artículo 2, párrafo 2, de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984²²¹, pero se ha pulido para ajustarlo mejor al contexto de los crímenes de lesa humanidad. Las palabras “estado de guerra o amenaza de guerra” se han sustituido por “conflicto armado”, como se hizo en el proyecto de artículo 2. Además, se ha empleado la expresión “tales como” para destacar que los ejemplos citados no pretenden ser exhaustivos.

22) En otros tratados que se ocupan de delitos graves a nivel mundial o regional encontramos disposiciones similares. Por ejemplo, el artículo 1, párrafo 2, de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006 contiene una disposición redactada en términos

²¹⁹ Carta de las Naciones Unidas (San Francisco, 26 de junio de 1945).

²²⁰ Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad, resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General, de 3 de diciembre de 1973, párr. 3.

²²¹ Convención contra la Tortura, art. 2, párr. 2 (“En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura”).

similares²²², al igual que el artículo 5 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985²²³.

23) Una de las ventajas de esta formulación con respecto a los crímenes de lesa humanidad es que está redactada de manera que pueda hacer referencia a la conducta de los Estados o de actores no estatales. Al mismo tiempo, el párrafo solo aborda esta cuestión en el contexto de la obligación de prevención y no, por ejemplo, en el contexto de las justificaciones que una persona puede alegar en un procedimiento penal o de otras circunstancias eximentes de la responsabilidad penal.

Artículo 5 **No devolución**

1. Ningún Estado procederá a la expulsión, devolución, entrega o extradición de una persona a un territorio bajo la jurisdicción de otro Estado cuando haya motivos fundados para creer que estaría en peligro de ser víctima de un crimen de lesa humanidad.

2. A los efectos de determinar si existen esos motivos, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, incluida, cuando proceda, la existencia, en el territorio bajo la jurisdicción del Estado de que se trate, de un cuadro de violaciones sistemáticas graves, flagrantes o masivas de los derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario.

Comentario

1) De conformidad con el objetivo general de prevención abordado en el proyecto de artículo 4, el párrafo 1 del proyecto de artículo 5 establece que ningún Estado enviará a una persona a un territorio bajo la jurisdicción de otro Estado cuando haya motivos fundados para creer que estaría en peligro de ser víctima de un crimen de lesa humanidad. Así pues, esta disposición utiliza el principio de no devolución para impedir que las personas que se encuentren en determinadas circunstancias puedan verse expuestas a ser víctimas de crímenes de lesa humanidad.

2) En términos generales, el principio de no devolución obliga al Estado a no devolver a una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estará en peligro de ser perseguida o sometida a algún otro daño concreto. El principio se incorporó a diversos tratados en el siglo XX, incluido el Convenio de Ginebra IV de 1949²²⁴, pero se asocia más comúnmente con el derecho internacional de los refugiados y, en particular, con el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951²²⁵. También lo han incorporado otras convenciones e instrumentos²²⁶ que se ocupan de la cuestión de los

²²² Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 1, párr. 2 (“En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la desaparición forzada”).

²²³ Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, art. 5 (“No se invocará ni admitirá como justificación del delito de tortura la existencia de circunstancias tales como estado de guerra, amenaza de guerra, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, la inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas”).

²²⁴ Convenio de Ginebra IV, art. 45.

²²⁵ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (Ginebra, 28 de julio de 1951), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 189, núm. 2545, pág. 137, art. 33, párr. 1 (“Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”).

²²⁶ Véase, por ejemplo, Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, aprobada por el Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá, Cartagena, Colombia, 22 de noviembre de 1984, conclusión 5.

refugiados, como la Convención de la Organización de la Unidad Africana que Regula los Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África, de 1969²²⁷.

3) El principio también se ha aplicado con respecto a todos los extranjeros (no solo los refugiados) en diversos instrumentos²²⁸ y tratados, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969²²⁹ y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981²³⁰. De hecho, el principio se abordó en ese sentido más amplio en el proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros de 2014²³¹. El Comité de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han interpretado que la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes que figura en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966²³² y en el artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950²³³, respectivamente, impone implícitamente una obligación de no devolución aun cuando esos instrumentos no contengan una obligación expresa al respecto. Además, el principio de no devolución suele reflejarse en los tratados de extradición cuando establecen que nada de lo dispuesto en ellos podrá interpretarse como la imposición de una obligación de extraditar al presunto infractor si el Estado parte requerido tiene motivos fundados para creer que la solicitud se ha presentado con el fin de perseguirle por determinados motivos. El proyecto de artículo 13, párrafo 9, del presente proyecto de artículos es una disposición de ese tipo.

4) De particular importancia para el presente proyecto de artículos, el principio ha sido incorporado en tratados que se ocupan de delitos concretos, como la tortura y las desapariciones forzadas. Por ejemplo, el artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984 dispone lo siguiente:

1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.

2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.

²²⁷ Organization of African Unity Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa (Addis Abeba, 10 de septiembre de 1969), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1001, núm. 14691, pág. 45, art. II, párr. 3.

²²⁸ Véanse, por ejemplo, Declaración sobre el Asilo Territorial, resolución 2312 (XXII) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1967 (A/6716); Final Text of the 1966 Bangkok Principles on the Status and Treatment of Refugees, aprobado por la Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana en su 40º período de sesiones, celebrado en Nueva Delhi el 24 de junio de 2001, art. III; Consejo de Europa, recommendation No. R(84)1 of the Committee of Ministers to member States on the protection of persons satisfying the criteria in the Geneva Convention who are not formally recognised as refugees, aprobada por el Comité de Ministros el 25 de enero de 1984.

²²⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 22, párr. 8.

²³⁰ Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (“Carta de Banjul”), art. 12, párr. 3.

²³¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10)*, párr. 44, art. 23, párr. 1 (“Ningún extranjero será expulsado a un Estado en el que su vida estaría amenazada, en particular por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, nacimiento u otra condición, o por cualquier otro motivo que no sea admisible en derecho internacional”).

²³² Véase Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 20 (1992) sobre la prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, párr. 9, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 40 (A/47/40)*, anexo VI, secc. A (“los Estados Partes no deben exponer a las personas al peligro de ser sometidas a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes al regresar a otro país tras la extradición, la expulsión o la devolución”).

²³³ Véase, por ejemplo, *Chahal v. United Kingdom*, demanda núm. 22414/93, sentencia de 15 de noviembre de 1996, Gran Sala, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 1996-V, párr. 80.

5) Esta disposición se redactó tomando como modelo la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, pero se agregó el elemento adicional de la extradición para incluir otra posible manera de trasladar físicamente a una persona a otro Estado²³⁴. De forma análoga, el artículo 16 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006 establece lo siguiente:

1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución, entrega o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a una desaparición forzada.

2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia, en el Estado de que se trate, de un cuadro de violaciones sistemáticas graves, flagrantes o masivas de los derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario.

6) La Comisión consideró apropiado redactar el proyecto de artículo 5 tomando como modelo esta última disposición. Si bien, como en convenciones anteriores, la obligación del Estado en virtud del párrafo 1 del proyecto de artículo 5 se centra en evitar que una persona corra el riesgo de ser víctima de crímenes de lesa humanidad, la disposición se entiende sin perjuicio de otras obligaciones de no devolución del Estado derivadas de tratados o del derecho internacional consuetudinario.

7) El párrafo 1 del proyecto de artículo 5 establece que el Estado no enviará a la persona a otro Estado “cuando haya motivos fundados para creer que estaría en peligro” de ser víctima de un crimen de lesa humanidad. Esta disposición ha sido abordada por diversos órganos de expertos creados en virtud de tratados y por tribunales internacionales. Por ejemplo, el Comité contra la Tortura, al examinar comunicaciones en que se alegaba la vulneración por un Estado del artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, ha señalado que existen “motivos fundados” cuando el riesgo de tortura es personal, presente, previsible y real²³⁵. Para determinar si existe, el riesgo de tortura debe fundarse en razones que “vayan más allá de la pura teoría o sospecha”, aunque “no es necesario demostrar que el riesgo es muy probable”²³⁶.

8) Como orientación a los Estados, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que un Estado tiene la obligación de “no extraditar, deportar, expulsar o retirar de otro modo a una persona de su territorio, cuando hay razones de peso para creer que existe un riesgo real de provocar un daño irreparable, como el contemplado por los artículos 6 y 7 del Pacto, sea en el país al que se va a trasladar a la persona o en cualquier otro país al que la persona sea

²³⁴ Una disposición similar figura en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, adoptada en Niza el 7 de diciembre de 2000, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. C 364, de 18 de diciembre de 2000, pág. 1, art. 19, párr. 2 (“Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes”).

²³⁵ Véanse, por ejemplo, Comité contra la Tortura, *Dadar c. el Canadá*, comunicación núm. 258/2004, decisión adoptada el 23 de noviembre de 2005, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/61/44)*, anexo VIII, secc. A, pág. 264, párr. 8.4; *N. S. c. Suiza*, comunicación núm. 356/2008, decisión adoptada el 6 de mayo de 2010, *ibid.*, *sexagésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/65/44)*, anexo XIII, secc. A, pág. 352, párr. 7.3.

²³⁶ Véase también Comité contra la Tortura, observación general núm. 1 (2007) sobre la aplicación del artículo 3, párrs. 6 y 7, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/53/44)*, anexo IX, pág. 51. En sus 55º y 58º períodos de sesiones, celebrados en 2015 y 2016, respectivamente, el Comité contra la Tortura convino en revisar la observación general núm. 1. El proyecto de texto revisado de 2 de febrero de 2017 (CAT/C/60/R.2) se puede consultar en <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CAT/GCArticle3/CAT.C.60.R.2.Spanish.pdf>. Véase también, por ejemplo, Comité contra la Tortura, *A. R. c. los Países Bajos*, comunicación núm. 203/2002, decisión adoptada el 14 de noviembre de 2003, *ibid.*, *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/59/44)*, anexo VII, secc. A, párr. 7.3.

posteriormente trasladada”²³⁷. Al interpretar esa disposición, el Comité de Derechos Humanos ha concluido que los Estados han de abstenerse de exponer a las personas a un riesgo real de vulneración de los derechos que las asisten en virtud del Pacto, como una “consecuencia necesaria y previsible” de su expulsión²³⁸. Además, ha sostenido que la existencia de ese riesgo real debe decidirse “habida cuenta de la información que estaba en poder o debía estar en poder de las autoridades del Estado parte” en ese momento y no requiere “prueba de que posteriormente se hubiesen producido efectivamente torturas, aunque la información acerca de los acontecimientos posteriores es pertinente para evaluar el riesgo inicial”²³⁹.

9) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha determinado que existe obligación por parte del Estado cuando haya razones fundadas para creer que una persona correría un riesgo real de ser sometida a un trato contrario al artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950²⁴⁰. Al aplicar este criterio legal, los Estados han de examinar las “consecuencias previsibles” de enviar a una persona al país receptor²⁴¹. Aunque la “mera posibilidad” de malos tratos no es suficiente, no es necesario demostrar que existe una “probabilidad alta”²⁴². El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha hecho hincapié en que la evaluación de las pruebas de un riesgo real ha de ser “rigurosa”²⁴³. Además, de manera análoga a lo establecido por el Comité de Derechos Humanos, la existencia del riesgo “ha de evaluarse fundamentalmente en relación con los hechos que el Estado contratante conocía o debía conocer en el momento de la expulsión”²⁴⁴, si bien puede tenerse en cuenta información que salga a la luz posteriormente²⁴⁵.

10) El párrafo 2 del proyecto de artículo 5 establece que los Estados tendrán en cuenta “todas las consideraciones pertinentes” al determinar si existen motivos fundados a los efectos del párrafo 1. Esas consideraciones incluyen, entre otras cosas, “la existencia, en el territorio bajo la jurisdicción del Estado de que se trate, de un cuadro de violaciones sistemáticas graves, flagrantes o masivas de los derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario”. Diversas consideraciones pueden ser, de hecho, pertinentes. Al interpretar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que se deben tener en cuenta todos los elementos pertinentes y que “[l]a existencia de garantías, su contenido y la existencia y aplicación de mecanismos para la observancia de la ley son, todos ellos, elementos

²³⁷ Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 31, párr. 12, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 40 (A/59/40)*, vol. I, anexo III.

²³⁸ Véanse, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, *Chitat Ng c. el Canadá*, comunicación núm. 469/1991, dictamen aprobado el 5 de noviembre de 1993, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 40 (A/49/40)*, vol. II, anexo IX, secc. CC, párr. 15.1 a); *A. R. J. c. Australia*, comunicación núm. 692/1996, dictamen aprobado el 28 de julio de 1997, *ibid.*, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 40 (A/52/40), vol. II, anexo VI, secc. T, párr. 6.14; *Hamida c. el Canadá*, comunicación núm. 1544/2007, dictamen aprobado el 18 de marzo de 2010, *ibid.*, sexagésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 40 (A/65/40), vol. II, anexo V, secc. V, párr. 8.7.

²³⁹ Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, *Maksudov y otros c. Kirguistán*, comunicaciones núms. 1461/2006, 1462/2006, 1476/2006 y 1477/2006, dictamen aprobado el 16 de julio de 2008, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 40 (A/63/40)*, vol. II, anexo V, secc. W, párr. 12.4.

²⁴⁰ Véanse, por ejemplo, *Soering v. United Kingdom*, demanda núm. 14038/88, sentencia de 7 de julio de 1989, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, vol. 161, párr. 88; *Chahal v. United Kingdom* (véase la nota 233 *supra*), párr. 74.

²⁴¹ Véase, por ejemplo, *Saadi v. Italia*, demanda núm. 37201/06, sentencia de 28 de febrero de 2008, Gran Sala, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2008-II, párr. 130.

²⁴² *Ibid.*, párrs. 131 y 140.

²⁴³ *Ibid.*, párr. 128.

²⁴⁴ *Ibid.*, párr. 133.

²⁴⁵ Véase, por ejemplo, *El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, demanda núm. 39630/09, sentencia de 13 de diciembre de 2012, Gran Sala, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2012-VI, párr. 214.

pertinentes en la evaluación general de si, en efecto, existía un riesgo real de malos tratos prohibidos²⁴⁶. El Comité contra la Tortura ha elaborado, a los efectos de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, una lista no exhaustiva de siete elementos que ha de valorar en cada caso concreto un Estado parte al determinar si puede proceder a la devolución²⁴⁷.

11) La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 prevé excepciones a la obligación de no devolución para permitir que esta se produzca cuando la persona haya cometido un delito o represente un riesgo grave para la seguridad²⁴⁸. No obstante, desde entonces, los tratados no han recogido esas excepciones, y entienden que la obligación tiene carácter absoluto²⁴⁹. La Comisión consideró apropiado que el proyecto de artículo 5 no contuviera esa excepción.

Artículo 6

Criminalización en el derecho nacional

1. Todo Estado adoptará las medidas necesarias para que estén tipificados en su derecho penal los crímenes de lesa humanidad.

2. Todo Estado adoptará las medidas necesarias para que estén tipificados en su derecho penal los siguientes actos:

- a) la comisión de un crimen de lesa humanidad;
- b) la tentativa de comisión de uno de esos crímenes; y
- c) el hecho de ordenar, instigar, inducir, ayudar, ser cómplice o de colaborar o contribuir de algún otro modo a la comisión o la tentativa de comisión de uno de esos crímenes.

3. Todo Estado adoptará también las medidas necesarias para que estén tipificados en su derecho penal los siguientes supuestos:

a) el jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de lesa humanidad cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivos, o su autoridad y control efectivos, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas, cuando:

- i) hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y

²⁴⁶ Véase, por ejemplo, *Maksudov c. Kirguistán* (véase la nota 239 *supra*), párr. 12.4.

²⁴⁷ Comité contra la Tortura, observación general núm. 1, párr. 8. En la lista figuran los elementos siguientes: a) si hay pruebas de que en el Estado de que se trate existe un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos; b) si la persona ha sido en el pasado torturada o maltratada por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia; c) si hay testimonios médicos u otros testimonios independientes que corroboren las alegaciones de que la persona ha sido torturada o maltratada en el pasado; d) si ha cambiado la situación interna con respecto a los derechos humanos en el Estado de que se trate; e) si la persona ha participado dentro o fuera del Estado de que se trate en actividades políticas o de otra índole que pudieran hacerle particularmente vulnerable al riesgo de ser sometida a tortura; f) si hay alguna prueba de la credibilidad de la persona; y g) si hay contradicciones de hecho en las alegaciones de la persona.

²⁴⁸ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, art. 33, párr. 2.

²⁴⁹ Véanse, por ejemplo, *Maksudov c. Kirguistán* (véase la nota 239 *supra*), párr. 12.4; *Othman (Abu Qatada) v. United Kingdom*, demanda núm. 8139/09, sentencia de 17 de enero de 2012, Cuarta Sección, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2012-I, párr. 185; Comité contra la Tortura, *Tapia Páez c. Suecia*, comunicación núm. 39/1996, dictamen aprobado el 28 de abril de 1997, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/52/44)*, anexo V, secc. B 4, párr. 14.5; *Abdussamatov y otros c. Kazajstán*, comunicación núm. 444/2010, decisión adoptada el 1 de junio de 2012, *ibid.*, *sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/67/44)*, anexo XIV, secc. A, págs. 553 y 554, párr. 13.7.

ii) no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento;

b) en lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de lesa humanidad cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivos, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

i) hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de informaciones que indicasen claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;

ii) los crímenes guardasen relación con actividades que estuvieran bajo su responsabilidad y control efectivos; y

iii) no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

4. Todo Estado adoptará las medidas necesarias para que, en su derecho penal, el hecho de que alguno de los delitos mencionados en el presente proyecto de artículo se cometiera en cumplimiento de una orden de un Gobierno o de un superior, militar o civil, no sea motivo para eximir de responsabilidad penal a un subordinado.

5. Todo Estado adoptará las medidas necesarias para que, en su derecho penal, el hecho de que alguno de los delitos mencionados en el presente proyecto de artículo fuera cometido por una persona que ocupase un cargo oficial no sea motivo para eximirla de responsabilidad penal.

6. Todo Estado adoptará las medidas necesarias para que, de conformidad con su derecho penal, los delitos mencionados en el presente proyecto de artículo no prescriban.

7. Todo Estado adoptará las medidas necesarias para que, de conformidad con su derecho penal, los delitos mencionados en el presente proyecto de artículo sean castigados con penas apropiadas que tengan en cuenta su gravedad.

8. Con sujeción a los preceptos de su legislación, todo Estado adoptará, cuando proceda, disposiciones que permitan hacer efectiva la responsabilidad de personas jurídicas por los delitos enunciados en el presente proyecto de artículo. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado, dicha responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser penal, civil o administrativa.

Comentario

1) El proyecto de artículo 6 establece diversas medidas que todo Estado debe adoptar para que en su derecho penal estén tipificados los crímenes de lesa humanidad, no se invoquen como eximente determinadas circunstancias o la prescripción de los delitos, y se prevean penas apropiadas proporcionales a la gravedad de esos delitos. Este tipo de medidas son esenciales para el funcionamiento adecuado de los proyectos de artículo que van a continuación, relativos al establecimiento y el ejercicio de la competencia respecto de los presuntos infractores.

Asegurar que los “crímenes de lesa humanidad” estén tipificados en el derecho penal nacional

2) El Tribunal Militar Internacional de Nuremberg reconoció la importancia de castigar a las personas por, entre otros, los crímenes de lesa humanidad cuando declaró que “[l]os delitos contra el derecho internacional son cometidos por personas físicas, no por entidades abstractas, y solo sancionando a las personas que cometen esos delitos se pueden hacer

cumplir las disposiciones del derecho internacional”²⁵⁰. Los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg, elaborados por la Comisión en 1950, establecían que “[t]oda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable del mismo y está sujeta a sanción”²⁵¹. La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968, establecía en su preámbulo que “la represión efectiva de [...] los crímenes de lesa humanidad es un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y libertades fundamentales, y puede fomentar la confianza, estimular la cooperación entre los pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacionales”. En el preámbulo del Estatuto de Roma de 1998 se afirma “que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”.

3) Muchos Estados han aprobado leyes sobre los crímenes de lesa humanidad que prevén el enjuiciamiento de esos crímenes en su ordenamiento nacional. El Estatuto de Roma de 1998, en particular, ha inspirado la promulgación o revisión de varias leyes nacionales sobre los crímenes de lesa humanidad que definen esos crímenes en términos idénticos o muy similares al delito definido en el artículo 7 del Estatuto. Asimismo, muchos Estados han aprobado leyes nacionales que difieren, a veces considerablemente, de la definición enunciada en el artículo 7. Además, hay otros Estados que no han aprobado ninguna legislación nacional sobre los crímenes de lesa humanidad. Por lo general, esos Estados tienen leyes penales nacionales que castigan de alguna manera muchos de los actos concretos que, en determinadas circunstancias, pueden constituir crímenes de lesa humanidad, como el asesinato, la tortura o la violación²⁵². No obstante, esos Estados no han tipificado los crímenes de lesa humanidad como tales y esa laguna puede impedir el enjuiciamiento y castigo de esa conducta, también en lo que se refiere a su proporcionalidad con la gravedad del delito.

4) La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, establece en su artículo 4, párrafo 1, que “[t]odo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal”²⁵³. El Comité contra la Tortura ha destacado la importancia de cumplir dicha obligación a fin de evitar posibles discrepancias entre el crimen definido en la Convención y el contemplado en la legislación nacional:

Las discrepancias graves entre la definición que figura en la Convención y la reflejada en la legislación nacional abren resquicios reales o potenciales para la impunidad. En algunos casos, aunque pueda utilizarse un lenguaje similar, su significado puede estar condicionado por la ley o la interpretación judicial nacionales, por lo que el Comité pide que cada Estado parte procure que todos los poderes que lo conforman se atengan a la definición establecida en la Convención a los efectos de determinar las obligaciones del Estado²⁵⁴.

²⁵⁰ Sentencia de 30 de septiembre de 1946 (véase la nota 29 *supra*), pág. 466.

²⁵¹ *Yearbook...*, 1950, vol. II, documento A/1316, tercera parte, pág. 374, párr. 97 (principio 1).

²⁵² Véase *Prosecutor v. Gbagbo*, causa núm. ICC-02/11-01/12 OA, *Judgment on the appeal of Côte d'Ivoire against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 December 2014 entitled "Decision on Côte d'Ivoire's challenge to the admissibility of the case against Simone Gbagbo"*, 27 de mayo de 2015, Sala de Apelaciones, Corte Penal Internacional (donde se dictaminó que el enjuiciamiento a nivel nacional por los delitos ordinarios de perturbación de la paz, organización de bandas armadas y menoscabo de la seguridad del Estado no se basaba sustancialmente en la misma conducta objeto de los presuntos crímenes de lesa humanidad de asesinato, violación, persecución y otros actos inhumanos).

²⁵³ Convención contra la Tortura, art. 4, párr. 1.

²⁵⁴ Véase Comité contra la Tortura, observación general núm. 2 (2007); véase también Comité contra la Tortura, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/58/44)*, cap. III, examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención, Eslovenia, párr. 115 a), y Bélgica, párr. 130.

5) A fin de ayudar a evitar esas lagunas con respecto a los crímenes de lesa humanidad, el párrafo 1 del proyecto de artículo 6 dispone que todo Estado adoptará las medidas necesarias para que los crímenes de lesa humanidad como tales estén tipificados en su derecho penal. Luego, los párrafos 2 y 3 del proyecto de artículo 6 (que se examinan más adelante) obligan además al Estado a tipificar algunas de las formas en que las personas físicas pueden cometer esos delitos.

6) Dado que la expresión “crímenes de lesa humanidad” se define en el proyecto de artículo 3, párrafos 1 a 3, la obligación enunciada en el párrafo 1 del proyecto de artículo 6 requiere que los crímenes así definidos estén tipificados en el derecho penal del Estado. Aunque podría haber algunas desviaciones respecto del texto exacto del proyecto de artículo 3, párrafos 1 a 3, para tener en cuenta cuestiones terminológicas o de otra índole propias de cada Estado, esas desviaciones no deben dar lugar a calificaciones o alteraciones que se aparten significativamente del sentido de los crímenes de lesa humanidad definidos en el proyecto de artículo 3, párrafos 1 a 3. No obstante, la expresión “crímenes de lesa humanidad” empleada en el proyecto de artículo 6 (y en proyectos de artículo ulteriores) no incluye la cláusula “sin perjuicio” que figura en el proyecto de artículo 3, párrafo 4. Si bien esa cláusula reconoce la posibilidad de incluir una definición más amplia de “crímenes de lesa humanidad” en cualquier instrumento internacional o legislación nacional, a los efectos del presente proyecto de artículos la definición de “crímenes de lesa humanidad” se limita al proyecto de artículo 3, párrafos 1 a 3.

7) Al igual que la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, muchos tratados de derecho internacional humanitario, derechos humanos y derecho penal internacional requieren que los Estados partes se aseguren de que la conducta prohibida esté “tipificada” o “castigada” en su derecho interno, aunque la forma exacta en que la obligación está redactada varía²⁵⁵. Algunos tratados, como la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948²⁵⁶ y los Convenios de Ginebra de 1949²⁵⁷, contienen la obligación de aprobar “medidas legislativas”, pero la Comisión consideró apropiado basar el párrafo 1 del proyecto de artículo 6 en tratados más recientes, como la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984.

²⁵⁵ Véanse, por ejemplo, Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves (La Haya, 16 de diciembre de 1970), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 860, núm. 12325, pág. 105, art. 2; Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, art. 2, párr. 2; Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, art. 2; Convención contra la Tortura, art. 4; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, art. 6; Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, art. 9, párr. 2; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, art. III; Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, art. 4; Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (Nueva York, 9 de diciembre de 1999), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2178, núm. 38349, pág. 197, art. 4; Convención de la Organización de la Unidad Africana sobre la Prevención y la Lucha contra el Terrorismo (Argel, 14 de julio de 1999), *ibid.*, vol. 2219, núm. 39464, pág. 179, art. 2 a); Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 5, párr. 1; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 7, párr. 1; Convención de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental para la Prevención contra el Terrorismo (Cebú, 13 de enero de 2007), art. IX, párr. 1, en *Instrumentos internacionales relativos a la prevención y la represión del terrorismo internacional*, publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.08.V.2 (Nueva York, 2008), pág. 366.

²⁵⁶ Convención contra el Genocidio, art. V.

²⁵⁷ Convenio de Ginebra I; Convenio de Ginebra II; Convenio de Ginebra III; Convenio de Ginebra IV. Véase el comentario de 2016 sobre el artículo 49 (Sanciones penales) del Convenio de Ginebra I (en adelante, “Comentario de 2016 del CICR sobre el artículo 49”), en Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR).

Comisión, tentativa de comisión y colaboración o contribución a la comisión de un crimen de lesa humanidad

8) El párrafo 2 del proyecto de artículo 6 establece que todo Estado adoptará las medidas necesarias para que estén tipificadas en su derecho interno ciertas formas de participación de las personas físicas en crímenes de lesa humanidad, concretamente la comisión de un crimen de lesa humanidad, la tentativa de comisión de uno de esos crímenes, y el hecho de ordenar, instigar, inducir, ayudar, ser cómplice o de colaborar o contribuir de algún otro modo a la comisión o la tentativa de comisión de esos crímenes.

9) En el contexto de los crímenes de lesa humanidad, el análisis de los instrumentos internacionales y las leyes nacionales indica que en ellos se abordan diversos tipos (o modos) de responsabilidad penal individual. En primer lugar, en todas las jurisdicciones en que se han tipificado los “crímenes de lesa humanidad” se imputa responsabilidad penal a quien “comete” el delito (lo que a veces se denomina, en el derecho nacional, comisión “directa”, “perpetración” del acto o autoría “principal” en la comisión del acto). Por ejemplo, en el artículo 6 del Estatuto de Nuremberg se establece que el Tribunal Militar Internacional será competente para juzgar a “aquellas personas que, actuando en defensa de los intereses de los países del Eje Europeo, cometieron los delitos que constan a continuación, ya fuera individualmente o como miembros de organizaciones”. Asimismo, los Estatutos del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia²⁵⁸ y el Tribunal Penal Internacional para Rwanda²⁵⁹ establecen que una persona que haya “cometido” crímenes de lesa humanidad “será individualmente responsable de ese crimen”. El Estatuto de Roma de 1998 establece que “[q]uien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado” y “será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: a) [c]ometa ese crimen por sí solo [o] con otro”²⁶⁰. Asimismo, los instrumentos que regulan el Tribunal Especial para Sierra Leona²⁶¹, las Salas Especiales de Delitos Graves de Timor Oriental²⁶², las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya²⁶³, el Tribunal Penal Supremo del Iraq²⁶⁴ y las Salas Africanas Extraordinarias del sistema judicial senegalés²⁶⁵ establecen la responsabilidad penal de quien “cometa” crímenes de lesa humanidad. Las leyes nacionales que se ocupan de los crímenes de lesa humanidad tipifican invariablemente la “comisión” de esos crímenes. En los tratados sobre otros tipos de delitos también se exhorta sistemáticamente a los Estados partes a que aprueben legislación nacional que prohíba la “comisión” de esos delitos. Por ejemplo, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948, establece la responsabilidad penal individual por la “comisión” de actos de genocidio²⁶⁶.

²⁵⁸ Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, art. 7, párr. 1.

²⁵⁹ Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, art. 6, párr. 1.

²⁶⁰ Véase Estatuto de Roma, art. 25, párrs. 2 y 3 a).

²⁶¹ Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, art. 6.

²⁶² Administración de Transición de las Naciones Unidas en Timor Oriental, Reglamento núm. 2000/15 sobre el establecimiento de salas con competencia exclusiva sobre delitos graves (UNTAET/REG/2000/15), art. 5 (2000) (en adelante, “Estatuto del Tribunal para Timor Oriental”).

²⁶³ Acuerdo relativo al Establecimiento de las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya, art. 5. Véase también Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno Real de Camboya relativo al Procesamiento con arreglo al Derecho de Camboya de los Crímenes Cometidos durante el Período de la Kampuchea Democrática (Phnom Penh, 6 de junio de 2003), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2329, núm. 41723, pág. 117.

²⁶⁴ Estatuto del Tribunal Especial del Iraq, ILM, vol. 43, pág. 231, art. 10 b) (2004) (en adelante, “Estatuto del Tribunal Penal Supremo del Iraq”). El Gobierno Provisional del Iraq promulgó un nuevo estatuto en 2005, tomando como referencia el estatuto anterior, que cambió el nombre del tribunal por el de “Tribunal Penal Supremo del Iraq”. Véase la Ley del Tribunal Penal Supremo del Iraq, Ley núm. 10, *Boletín Oficial de la República del Iraq*, vol. 47, núm. 4006 (18 de octubre de 2005).

²⁶⁵ Estatuto de las Salas Africanas Extraordinarias creadas en los tribunales del Senegal para enjuiciar los crímenes internacionales cometidos en el Chad entre el 7 de junio de 1982 y el 1 de diciembre de 1990, *International Law Materials*, vol. 52, pág. 1028, arts. 4 b) y 6 (2013) (en adelante, “Estatuto de las Salas Africanas Extraordinarias”).

²⁶⁶ Convención contra el Genocidio, arts. III a) y IV.

10) En segundo lugar, en todas esas jurisdicciones nacionales o internacionales también se establece, en mayor o menor medida, la responsabilidad penal de quien participe en el delito en grado distinto a la “comisión”. Tal conducta puede adoptar la forma de “tentativa” de comisión del delito, o de actuación como “cooperador” o “cómplice” en la comisión del delito o en la tentativa de cometerlo. Por lo que respecta a la “tentativa” de comisión del delito, los Estatutos del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Rwanda y el Tribunal Especial para Sierra Leona no contenían ninguna disposición sobre ese tipo de responsabilidad. En cambio, el Estatuto de Roma de 1998 prevé la responsabilidad penal de quien intente cometer el crimen, a menos que desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma²⁶⁷. En la causa *Banda y Jerbo*, una Sala de Cuestiones Preliminares afirmó que, para que existiera responsabilidad penal por la tentativa, era “preciso dilucidar si, en el curso normal de los acontecimientos, la conducta del autor habría dado lugar a la consumación del crimen de no haberse producido las circunstancias ajenas a su control”²⁶⁸.

11) En tercer lugar, con respecto a la responsabilidad “accesoria”, dicho concepto se aborda en diversos instrumentos internacionales con expresiones como “ordenar”, “proponer”, “inducir”, “instigar”, “incitar”, “ayudar y ser cómplice”, “conspirar para la comisión”, “ser cómplice en”, “participar en” o “asociarse para delinquir”. Así, el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia establece que “[l]a persona que haya planeado, instigado, u ordenado, la comisión de algunos de los crímenes señalados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto, o lo haya cometido o haya ayudado en cualquier otra forma a planearlo, prepararlo o ejecutarlo, será individualmente responsable de ese crimen”²⁶⁹. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda utiliza términos prácticamente idénticos²⁷⁰. Ambos Tribunales han condenado a acusados por su participación en delitos de su respectiva competencia²⁷¹. Del mismo modo, los instrumentos que regulan el Tribunal Especial para Sierra Leona²⁷², las Salas Especiales de Delitos Graves de Timor Oriental²⁷³, las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya²⁷⁴, el Tribunal Penal Supremo del Iraq²⁷⁵ y las Salas Africanas Extraordinarias del sistema judicial senegalés²⁷⁶ establecían la responsabilidad penal de quien, de una forma u otra, participe en la comisión de crímenes de lesa humanidad.

12) En el Estatuto de Roma de 1998 se prevé la responsabilidad penal de quien “cometa ese crimen [...] por conducto de otro”, de quien “ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa”, de quien, “con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión”, o de quien “contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común”, con

²⁶⁷ Estatuto de Roma, art. 25, párr. 3 f).

²⁶⁸ *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, causa núm. ICC-02/05-03/09, corrección de la decisión sobre la confirmación de los cargos de 7 de marzo de 2011, Sala de Cuestiones Preliminares I, Corte Penal Internacional, párr. 96.

²⁶⁹ Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, art. 7, párr. 1. El Tribunal ha analizado ese tipo de responsabilidad penal en diversas decisiones. Véase, por ejemplo, *Tadić*, fallo, 15 de julio de 1999 (véase la nota 46 *supra*) (donde se afirmó que “la noción de propósito común como forma de responsabilidad en calidad de cómplice está firmemente establecida en el derecho internacional consuetudinario”).

²⁷⁰ Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, art. 6, párr. 1.

²⁷¹ Véase, por ejemplo, *Prosecutor v. Furundžija*, causa núm. IT-95-17/1-T, fallo, 10 de diciembre de 1998, Sala de Primera Instancia II, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Judicial Reports 1998*, párr. 246 (donde se señala que “si es consciente de que es probable que se cometa alguno de los crímenes, y uno de esos crímenes se comete efectivamente, entonces ha tenido la intención de facilitar la comisión de ese crimen y es culpable de complicidad”).

²⁷² Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, art. 6, párr. 1.

²⁷³ Estatuto del Tribunal para Timor Oriental, art. 14.

²⁷⁴ Acuerdo relativo al Establecimiento de las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya, art. 29.

²⁷⁵ Estatuto del Tribunal Penal Supremo del Iraq, art. 15.

²⁷⁶ Estatuto de las Salas Africanas Extraordinarias, art. 10.

sujeción a ciertas condiciones²⁷⁷. La Comisión decidió utilizar los distintos términos incluidos en el Estatuto de Roma de 1998 como base de los términos empleados en el párrafo 2 del proyecto de artículo 6.

13) Por lo general, se considera que en esos diversos instrumentos internacionales los conceptos conexos de “proponer”, “inducir” y “ayudar y ser cómplice” en la comisión del crimen incluyen la planificación, la proposición, la conspiración y, lo que es más importante, la incitación directa a otra persona a que realice el acto constitutivo de delito. De hecho, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio no solo se ocupa de la comisión de genocidio, sino también de la “asociación para cometer genocidio”, la “instigación directa y pública a cometer genocidio”, la “tentativa de genocidio” y la “complicidad en el genocidio”²⁷⁸. La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad establece, en términos generales, que: “[s]i se cometiere alguno de los crímenes mencionados en el artículo I, las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a los representantes de la autoridad del Estado y a los particulares que participen como autores o cómplices o que inciten directamente a la perpetración de alguno de esos crímenes, o que conspiren para cometerlos, cualquiera que sea su grado de desarrollo, así como a los representantes de la autoridad del Estado que toleren su perpetración”²⁷⁹.

14) Además, en esos diversos instrumentos, el concepto de “ordenar” la comisión del crimen difiere del concepto de responsabilidad del “jefe” u otro superior (y lo complementa). Aquí, “ordenar” hace referencia a la responsabilidad penal del superior por dar instrucciones explícitas de que se cometa el acto constitutivo de delito. En cambio, la responsabilidad del jefe u otro superior hace referencia a la responsabilidad penal del superior por no actuar: en concreto, en situaciones en que el superior hubiera sabido o tenido motivos para saber que los subordinados se disponían a cometer esos actos, o que los habían cometido ya, y no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir tales actos o castigar a los autores.

15) Los tratados que se ocupan de crímenes distintos de los crímenes de lesa humanidad suelen establecer la responsabilidad penal de las personas que participan en la comisión del delito utilizando una terminología amplia que no pretende requerir a los Estados que modifiquen una terminología o unas modalidades preferidas que están consagradas en su legislación nacional. En otras palabras, esos tratados utilizan términos generales en lugar de un lenguaje detallado, lo que permite a los Estados establecer los detalles precisos de la responsabilidad penal mediante las leyes, la jurisprudencia y la tradición jurídica nacionales. Por ejemplo, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 2006, establece, en términos generales, que “[l]os Estados partes tomarán las medidas necesarias para considerar penalmente responsable por lo menos [...] [a] toda persona que cometa, ordene, o induzca a la comisión de una desaparición forzada, intente cometerla, sea cómplice o participe en la misma”²⁸⁰. El texto del párrafo 2 del proyecto de artículo 6 sigue el mismo planteamiento.

Responsabilidad de los jefes u otros superiores

16) El párrafo 3 del proyecto de artículo 6 trata la cuestión de la responsabilidad de los jefes u otros superiores. En general, este párrafo establece que los superiores son penalmente responsables de los crímenes de lesa humanidad cometidos por sus subordinados cuando el superior haya incurrido en negligencia en el cumplimiento de sus funciones en relación con la conducta del subordinado.

17) Las jurisdicciones internacionales que se han ocupado de los crímenes de lesa humanidad imputan responsabilidad penal a los jefes militares u otros superiores por los

²⁷⁷ Estatuto de Roma, art. 25, párr. 3 a) a d).

²⁷⁸ Convención contra el Genocidio, art. III b) a e).

²⁷⁹ Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, art. 2.

²⁸⁰ Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 6, párr. 1 a).

delitos cometidos por sus subordinados en determinadas circunstancias²⁸¹. En particular, los Tribunales de Nuremberg y Tokio recurrieron a la responsabilidad de los jefes en relación tanto con los mandos militares como con los civiles, enfoque que influyó en tribunales posteriores²⁸². Como señaló una Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para Rwanda en la causa *Fiscalía c. Alfred Musema*, “[e]n cuanto a la cuestión de si el tipo de responsabilidad penal individual mencionado en el artículo 6 3) del Estatuto [del Tribunal Penal Internacional para Rwanda] es de aplicación también a personas tanto de la autoridad militar como civil, es importante señalar que, en los juicios ante el Tribunal de Tokio, las autoridades civiles fueron declaradas culpables de crímenes de guerra en aplicación de este principio”²⁸³.

18) Según el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, “el hecho de que cualquiera de los actos mencionados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal a su superior si este sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron”²⁸⁴. Varios acusados fueron condenados por el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia sobre esa base²⁸⁵. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda está redactado en los mismos términos²⁸⁶, y dicho Tribunal también ha impuesto condenas sobre esa base²⁸⁷. Los instrumentos que regulan el Tribunal Especial para Sierra Leona²⁸⁸, el Tribunal Especial para el Líbano²⁸⁹, las Salas Especiales de Delitos Graves de Timor Oriental²⁹⁰, las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya²⁹¹, el Tribunal Penal Supremo del Iraq²⁹² y las Salas Africanas Extraordinarias del sistema judicial senegalés²⁹³ están redactados en términos similares.

19) El artículo 28 del Estatuto de Roma de 1998 contiene una norma detallada que prevé la imputación de responsabilidad penal al jefe militar, o a quien actúe efectivamente como jefe militar, por los actos de otras personas²⁹⁴. En general, la responsabilidad penal surge cuando: a) existe una relación de subordinación; b) el jefe sabía o debía haber sabido que sus subordinados estaban cometiendo o se disponían a cometer el delito; y c) el jefe no adoptó todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para someter el asunto a investigación y enjuiciamiento. Esa norma ha comenzado a influir en el desarrollo de la “responsabilidad de los jefes” en los

²⁸¹ Véase, por ejemplo, *United States of America v. Wilhelm von Leeb, et al.* (causa del “Alto mando”), en *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals*, vol. XI (Washington, D.C., Oficina de Impresión del Gobierno de los Estados Unidos, 1950), págs. 543 y 544.

²⁸² *Ibid.*, véase también *International Criminal Law: International Enforcement*, M. C. Bassiouni (ed.), vol. III, 3ª ed. (Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pág. 461); y K. J. Heller, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law* (Oxford, Oxford University Press, 2011), págs. 262 y 263.

²⁸³ Véase *Prosecutor v. Alfred Musema*, causa núm. ICTR-96-13-A, fallo y pena, 27 de enero de 2000, Sala de Primera Instancia I, Tribunal Penal Internacional para Rwanda, párr. 132.

²⁸⁴ Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, art. 7, párr. 3.

²⁸⁵ Véase, por ejemplo, *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, causa núm. IT-95-14/1-T, fallo, 25 de junio de 1999, Sala de Primera Instancia, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Judicial Supplement No. 6*, junio/julio de 1999, párrs. 66 a 77; *Prosecutor v. Zejnil Delalić et al.*, causa núm. IT-96-21-T, fallo, 16 de noviembre de 1998, Sala de Primera Instancia, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, párrs. 330 a 400 y 605 a 810.

²⁸⁶ Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, art. 6, párr. 3.

²⁸⁷ Véase *Akayesu*, fallo, 2 de septiembre de 1998 (véase la nota 53 *supra*); *Prosecutor v. Jean Kambanda*, causa núm. ICTR-97-23-S, fallo y pena, 4 de septiembre de 1998, Sala de Primera Instancia, Tribunal Penal Internacional para Rwanda.

²⁸⁸ Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, art. 6, párr. 3.

²⁸⁹ Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano, resolución 1757 (2007) del Consejo de Seguridad, de 30 de mayo de 2007 (incluidos el anexo y el apéndice), art. 3, párr. 2.

²⁹⁰ Estatuto del Tribunal para Timor Oriental, art. 16.

²⁹¹ Acuerdo relativo al Establecimiento de las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya, art. 29.

²⁹² Estatuto del Tribunal Penal Supremo del Iraq, art. 15.

²⁹³ Estatuto de las Salas Africanas Extraordinarias, art. 10.

²⁹⁴ Estatuto de Roma, art. 28; véase, por ejemplo, *Kordić*, fallo, 26 de febrero de 2001 (véase la nota 46 *supra*), párr. 369.

ordenamientos jurídicos nacionales, tanto en el contexto penal como civil. El artículo 28 también aborda la cuestión de las “relaciones entre superior y subordinado” en un contexto civil o no militar. Entre esos superiores figuran los civiles que “dirigen” pero no “participan” en actividades militares. En estos casos, la responsabilidad penal surge cuando: a) existe una relación de subordinación; b) el superior civil tuvo conocimiento o hizo caso omiso deliberadamente de información sobre los delitos; c) los delitos guardaban relación con actividades bajo la responsabilidad y el control efectivos del superior; y d) el superior no adoptó todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir la comisión de todos los delitos o para someter el asunto a investigación y enjuiciamiento.

20) Una Sala de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional aplicó esta norma cuando condenó a Jean-Pierre Bemba Gombo en marzo de 2016 por crímenes de lesa humanidad. Entre otras cosas, la Sala de Primera Instancia entendió que el Sr. Bemba actuaba efectivamente como jefe militar que tenía conocimiento de que las fuerzas del Mouvement de Libération du Congo bajo su autoridad y control efectivos estaban cometiendo o se proponían cometer los crímenes imputados. Además, la Sala de Primera Instancia entendió que el Sr. Bemba no había adoptado todas las medidas necesarias y razonables para impedir o reprimir la comisión de crímenes por sus subordinados durante las operaciones militares de 2002 y 2003 en la República Centroafricana, ni para poner el asunto en manos de las autoridades competentes después de que se hubieran cometido los crímenes²⁹⁵.

21) Las leyes nacionales también suelen establecer este tipo de responsabilidad penal respecto de los crímenes de guerra, el genocidio y los crímenes de lesa humanidad, pero se utilizan criterios distintos. Asimismo, hay Estados que no cuentan con tal norma en el contexto de los crímenes de lesa humanidad. Por ello, la Comisión consideró apropiado establecer un criterio claro a fin de promover la armonización de las leyes nacionales sobre la cuestión²⁹⁶. A tal fin, el párrafo 3 del proyecto de artículo 6 se basa en el criterio establecido en el Estatuto de Roma de 1998.

22) Los tratados que se ocupan de delitos distintos de los crímenes de lesa humanidad también suelen recoger como delito la responsabilidad de los jefes u otros superiores²⁹⁷.

Órdenes de un superior

23) El párrafo 4 del proyecto de artículo 6 dispone que todo Estado adoptará las medidas necesarias para que el hecho de que uno de los delitos mencionados en el artículo se cometiera en cumplimiento de una orden de un Gobierno o de un superior, militar o civil, no sea motivo para eximir de responsabilidad penal a un subordinado.

24) Todas las jurisdicciones que recogen los crímenes de lesa humanidad prevén, en una u otra medida, circunstancias que eximen de la responsabilidad penal sustantiva. Por ejemplo, la mayoría de las jurisdicciones excluyen la responsabilidad penal si el presunto autor tenía una enfermedad mental que le impedía apreciar la ilicitud de su comportamiento. En algunas jurisdicciones se establece que el estado de embriaguez también excluye la responsabilidad penal, al menos en algunas circunstancias. El hecho de que una persona actúe en defensa propia también puede eximirla de responsabilidad, al igual que actuar bajo coacción como resultado de una amenaza de muerte o daño inminente. En algunos casos, la persona ha de haber alcanzado una edad determinada para ser

²⁹⁵ Bemba, fallo, 21 de marzo de 2016 (véase la nota 58 *supra*), párrs. 630, 638 y 734.

²⁹⁶ Véase informe de la Comisión de Derechos Humanos sobre el sexagésimo primer período de sesiones, *Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 2005, Suplemento núm. 3 (E/2005/23-E/CN.4/2005/135)*, resolución 2005/81 sobre la impunidad, de 21 de abril de 2005, párr. 6 (donde se insta “a todos los Estados a que velen por que todos los mandos militares y otros mandos tengan conocimiento de las circunstancias en que puedan ser tenidos por responsables penalmente en virtud del derecho internacional por [...] crímenes de lesa humanidad [...] incluidos, en ciertas circunstancias, los delitos cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivos”).

²⁹⁷ Véanse, por ejemplo, Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), art. 86, párr. 2; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 6, párr. 1.

penalmente responsable. Las circunstancias concretas varían según la jurisdicción y, con respecto a los ordenamientos nacionales, suelen inscribirse en el enfoque de esa jurisdicción respecto de la responsabilidad penal en general, no solo en el contexto de los crímenes de lesa humanidad.

25) Al mismo tiempo, la mayoría de las jurisdicciones que recogen los crímenes de lesa humanidad establecen que los autores de esos crímenes no pueden invocar como circunstancia eximente de la responsabilidad penal haber recibido de un superior la orden de cometer el delito²⁹⁸. El artículo 8 del Estatuto de Nuremberg establece que “[e]l hecho de que el acusado actuara obedeciendo órdenes de su Gobierno o de un superior no le exonerará de responsabilidad, pero podrá considerarse un atenuante al determinar la condena si el Tribunal estima que la justicia así lo exige”. De conformidad con el artículo 8, el Tribunal Militar Internacional entendió que el hecho de que “se haya ordenado a un soldado que mate o torture en vulneración del derecho internacional de la guerra jamás ha sido admitido como eximente para tales actos de brutalidad”²⁹⁹. Del mismo modo, el artículo 6 del Estatuto de Tokio establece que “ni el cargo oficial que haya ocupado un acusado en cualquier momento, ni el hecho de que un acusado haya actuado en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un superior será, por sí mismo, suficiente para eximir a dicho acusado de responsabilidad por cualquiera de los crímenes de que se le acuse, pero tales circunstancias podrán ser consideradas como atenuantes de la pena si el Tribunal determina que la justicia así lo requiere”³⁰⁰.

26) Si bien el artículo 33 del Estatuto de Roma de 1998 prevé una eximente limitada de responsabilidad en el caso de órdenes de superiores, lo hace exclusivamente con respecto a los crímenes de guerra; las órdenes de cometer actos de genocidio o crímenes de lesa humanidad no entran en el ámbito de aplicación de la eximente. Los instrumentos que regulan el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia³⁰¹, el Tribunal Penal Internacional para Rwanda³⁰², el Tribunal Especial para Sierra Leona³⁰³, el Tribunal Especial para el Líbano³⁰⁴, las Salas Especiales de Delitos Graves de Timor Oriental³⁰⁵, las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya³⁰⁶, el Tribunal Penal Supremo del Iraq³⁰⁷ y las Salas Africanas Extraordinarias del sistema judicial senegalés³⁰⁸ excluyen también las órdenes de superiores como eximente. Si bien no se aceptan las órdenes de superiores como eximente para ser enjuiciado por un delito, algunas de las jurisdicciones internacionales y nacionales mencionadas anteriormente permiten que las órdenes de un superior sirvan de circunstancia atenuante en la fase de imposición de la pena³⁰⁹.

27) Esa exclusión de las órdenes de un superior como eximente existe en diversos tratados que se ocupan de delitos, a saber: la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes de 1984³¹⁰, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985³¹¹, la Convención Interamericana sobre

²⁹⁸ Véase Comisión de Derechos Humanos, resolución 2005/81 sobre la impunidad, párr. 6 (donde se insta a todos los Estados “a que garanticen que todo el personal pertinente esté informado de las limitaciones que el derecho internacional establece a las circunstancias eximentes de responsabilidad por cumplir órdenes superiores”).

²⁹⁹ *Judgment of 30 September* (véase la nota 29 *supra*), pág. 466.

³⁰⁰ Estatuto de Tokio, art. 6.

³⁰¹ Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, art. 7, párr. 4.

³⁰² Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, art. 6, párr. 4.

³⁰³ Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, art. 6, párr. 4.

³⁰⁴ Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano, art. 3, párr. 3.

³⁰⁵ Estatuto del Tribunal para Timor Oriental, art. 21.

³⁰⁶ Acuerdo relativo al Establecimiento de las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya, art. 29.

³⁰⁷ Estatuto del Tribunal Penal Supremo del Iraq, art. 15.

³⁰⁸ Estatuto de las Salas Africanas Extraordinarias, art. 10, párr. 5.

³⁰⁹ Véanse, por ejemplo, Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, art. 7, párr. 4; Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, art. 6, párr. 4; Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, art. 6, párr. 4; Estatuto del Tribunal para Timor Oriental, art. 21.

³¹⁰ Convención contra la Tortura, art. 2, párr. 3 (“No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura”).

³¹¹ Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, art. 4 (“El hecho de haber actuado bajo órdenes superiores no eximirá de la responsabilidad penal correspondiente”).

Desaparición Forzada de Personas de 1994³¹² y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006³¹³. En el contexto de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, el Comité contra la Tortura ha criticado la legislación nacional que permite ese tipo de eximente o que es ambigua al respecto³¹⁴. En algunos casos, se plantea el problema de la existencia en el derecho interno de un Estado de lo que se denomina eximente de “obediencia debida”³¹⁵.

Cargo oficial

28) En el párrafo 5 del proyecto de artículo 6 se establece que el hecho de que el delito fuera cometido “por una persona que ocupase un cargo oficial” no excluye la responsabilidad penal sustantiva. La imposibilidad de hacer valer la existencia de un cargo oficial como circunstancia eximente de la responsabilidad penal ante los tribunales penales internacionales es un principio bien establecido del derecho internacional. Según el Estatuto de Nuremberg: “No se considerará que la posición oficial de los acusados, sea como Jefes de Estado o como altos funcionarios de dependencias gubernamentales, les exonere de responsabilidad o constituya una circunstancia atenuante”³¹⁶. Los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg de la Comisión, de 1950, establecen que “[e]l hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya delito de derecho internacional [es decir, crímenes de lesa humanidad, crímenes contra la paz y crímenes de guerra] haya actuado como Jefe de Estado o como autoridad del Estado no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional”³¹⁷. El Estatuto de Tokio establece que “[n]i el cargo oficial que haya ocupado un acusado en cualquier momento, ni el hecho de que un acusado haya actuado en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un superior será, por sí mismo, suficiente para eximir a dicho acusado de responsabilidad por cualquiera de los crímenes de que se le acuse, pero tales circunstancias podrán ser consideradas como atenuantes de la pena si el Tribunal determina que la justicia así lo requiere”³¹⁸.

³¹² Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, art. VIII (“No se admitirá la eximente de la obediencia debida a órdenes o instrucciones superiores que dispongan, autoricen o alienten la desaparición forzada. Toda persona que reciba tales órdenes tiene el derecho y el deber de no obedecerlas”).

³¹³ Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 6, párr. 2 (“Ninguna orden o instrucción de una autoridad pública, sea esta civil, militar o de otra índole, puede ser invocada para justificar un delito de desaparición forzada”). En su fase de proyecto, este párrafo “fue ampliamente aprobado”. Véase Comisión de Derechos Humanos, informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (E/CN.4/2004/59), párr. 72 (véase también la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, resolución 47/133 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1992, art. 6).

³¹⁴ Informe del Comité contra la Tortura, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/61/44)*, cap. III, examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención, Guatemala, párr. 32-13).

³¹⁵ Véase, por ejemplo, informe del Comité contra la Tortura, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/59/44)*, cap. III, examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención, Chile, párr. 56 i); véase también, *ibid.*, *sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/60/44)*, cap. III, examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención, Argentina, párr. 31 a) (donde se encomia a la Argentina por declarar la “nulidad absoluta” de su Ley de Obediencia Debida).

³¹⁶ Estatuto de Nuremberg, art. 7.

³¹⁷ Principles of International Law recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, y comentarios (*Yearbook...*, 1950, vol. II, documento A/1316, tercera parte, pág. 375). Aunque el principio III se basa en el artículo 7 del Estatuto de Nuremberg, la Comisión omitió la expresión “o constituya una circunstancia atenuante”, al entender que era una cuestión que correspondía decidir al tribunal competente (*ibid.*, párr. 104).

³¹⁸ Estatuto de Tokio, art. 6.

29) El proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, aprobado por la Comisión en 1954, establecía que “[e]l hecho de que una persona haya actuado como Jefe de un Estado o como autoridad del Estado no le eximirá de responsabilidad por la perpetración de cualquiera de los delitos definidos en el presente código”³¹⁹. El proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, aprobado por la Comisión en 1996, establece que “[e]l carácter oficial del autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, incluso si actuó como Jefe de Estado o de Gobierno, no lo eximirá de responsabilidad criminal ni atenuará su castigo”³²⁰. El Estatuto de Roma de 1998 establece lo siguiente: “El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá *per se* motivo para reducir la pena”³²¹.

30) La imposibilidad de utilizar el cargo oficial como circunstancia eximente de responsabilidad penal también se aborda en algunos tratados relativos a la competencia penal nacional. Por ejemplo, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948, establece que las personas “serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares”³²². La Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, de 1973, establece que “[s]e considerarán criminalmente responsables en el plano internacional... los representantes del Estado, tanto si residen en el territorio del Estado en que se perpetran los actos como en cualquier otro Estado”³²³.

31) Habida cuenta de esos precedentes, la Comisión consideró oportuno incluir el párrafo 5, que establece que “[t]odo Estado adoptará las medidas necesarias para que, en su derecho penal, el hecho de que alguno de los delitos mencionados en el presente proyecto de artículo fuera cometido por una persona que ocupase un cargo oficial no sea motivo para eximirla de responsabilidad penal”. A los fines del presente proyecto de artículos, el párrafo 5 significa que un presunto infractor no puede invocar su cargo oficial como circunstancia eximente de su responsabilidad penal. En cambio, el párrafo 5 no afecta a ninguna inmunidad procesal de la que un funcionario de un Estado extranjero pueda gozar ante una jurisdicción penal nacional, dado que esas inmunidades siguen rigiéndose por el derecho internacional convencional y consuetudinario³²⁴. Además, el párrafo 5 debe entenderse sin perjuicio de la labor de la Comisión sobre el tema “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”.

32) La Comisión no consideró necesario especificar en el párrafo 5 que el cargo oficial no puede alegarse como atenuante o motivo para reducir la pena, ya que la cuestión del castigo se aborda en el párrafo 7 del proyecto de artículo 6. Según ese párrafo, los Estados están obligados, en todas las circunstancias, a velar por que los crímenes de lesa humanidad

³¹⁹ *Yearbook...*, 1954, vol. II, párr. 50, art. 3.

³²⁰ *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), cap. II, secc. D, pág. 29, art. 7.

³²¹ Estatuto de Roma, art. 27, párr. 1.

³²² Convención contra el Genocidio, art. IV.

³²³ Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, art. III.

³²⁴ Véase, por ejemplo, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 3 y ss., en especial pág. 25, párr. 60 (“La inmunidad de jurisdicción penal y la responsabilidad penal individual son conceptos muy distintos. Aunque la inmunidad jurisdiccional tiene carácter procesal, la responsabilidad penal es una cuestión de derecho sustantivo”). *Situation in Darfur, Sudan in the Case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, causa núm. ICC-02/05-01/09, decisión en virtud del artículo 87, párrafo 7, del Estatuto de Roma sobre el no cumplimiento por parte de Sudáfrica de la solicitud formulada por la Corte para la detención y entrega de Omar Al-Bashir, 6 de julio de 2017, Sala de Cuestiones Preliminares II, Corte Penal Internacional, párr. 109 (“[L]a Convención contra el Genocidio, a diferencia de lo que establece el Estatuto [de Roma] en su artículo 27, párrafo 2, no menciona las inmunidades basadas en el cargo oficial, y la mayoría no ve argumentos convincentes para una interpretación constructiva de las disposiciones de la Convención que diera lugar a una exclusión tácita de las inmunidades. El artículo IV de la Convención se refiere a la responsabilidad penal individual de “las personas que hayan cometido genocidio”, lo que, como de forma convincente explica la Corte Internacional de Justicia, no debe confundirse con la inmunidad de jurisdicción penal”).

sean castigados con penas apropiadas que tengan en cuenta su gravedad. Debe entenderse con esa redacción que se excluye la posibilidad de que se invoque el cargo oficial como atenuante o motivo para reducir la pena.

Prescripción

33) Una posible restricción para el enjuiciamiento de una persona por crímenes de lesa humanidad en el derecho interno es la aplicación de un “plazo de prescripción”, a saber, una norma que prohíbe el enjuiciamiento del presunto infractor si entre la comisión del crimen y el inicio del enjuiciamiento ha transcurrido un período de tiempo superior a un número determinado de años. El párrafo 6 del proyecto de artículo 6 dispone que todo Estado adoptará las medidas necesarias para que los delitos mencionados en el proyecto de artículo no prescriban.

34) No se estableció ninguna norma sobre prescripción en relación con los delitos internacionales, incluidos los crímenes de lesa humanidad, en los Estatutos de Nuremberg o Tokio, ni tampoco en los instrumentos constitutivos del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Rwanda o el Tribunal Especial para Sierra Leona. En cambio, en la Ley núm. 10 del Consejo de Control, aprobada en diciembre de 1945 por el Consejo de Control Interaliado de Alemania para el enjuiciamiento de presuntos infractores, se establecía que en los juicios o procesamientos por crímenes de lesa humanidad (así como crímenes de guerra y crímenes contra la paz) “el acusado no tiene derecho a acogerse a prescripción alguna respecto del período comprendido entre el 30 de enero de 1933 y el 1 de julio de 1945”³²⁵. Asimismo, el Estatuto de Roma de 1998 aborda expresamente la cuestión y establece que “[l]os crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán”³²⁶. Los redactores del Estatuto de Roma de 1998 apoyaron firmemente esta disposición en relación con los crímenes de lesa humanidad³²⁷. Del mismo modo, la Ley sobre el Establecimiento de las Salas Especiales en Camboya, el Tribunal Penal Supremo del Iraq y el Estatuto del Tribunal para Timor Oriental definen expresamente los crímenes de lesa humanidad como delitos que no prescriben³²⁸.

35) Por lo que respecta a si el enjuiciamiento de un presunto infractor ante los tribunales nacionales puede estar sujeto a prescripción, en 1967 la Asamblea General señaló que “la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes”³²⁹. El año siguiente, los Estados aprobaron la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, en que se requería a los Estados partes que adoptasen “las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique” a esos dos tipos de crímenes³³⁰. Del mismo modo, en 1974 el Consejo de Europa aprobó el Convenio Europeo

³²⁵ Ley núm. 10 del Consejo de Control, sobre el Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra, Crímenes contra la Paz y Crímenes de Lesa Humanidad, art. II, párr. 5.

³²⁶ Estatuto de Roma, art. 29.

³²⁷ Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, Roma, 15 de junio a 17 de julio de 1998, documento [A/CONF.183/13](#) (vol. II), pág. 151, segunda sesión ([A/CONF.183/C.1/SR.2](#)), párrs. 45 a 74.

³²⁸ Acuerdo relativo al Establecimiento de las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya, art. 5; Estatuto del Tribunal Penal Supremo del Iraq, art. 17 d); Estatuto del Tribunal para Timor Oriental, art. 17.1; véanse también el informe de la Tercera Comisión ([A/57/806](#)), párr. 10 (Procesos contra el Khmer Rouge) y la resolución [57/228 B](#) de la Asamblea General, de 13 de mayo de 2003. Cabe señalar, además, que se atribuyó a las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya competencia sobre los crímenes de lesa humanidad cometidos decenios antes de su establecimiento, entre 1975 y 1979, cuando estaban en el poder los Khmer Rouge.

³²⁹ Resolución [2338 \(XXII\)](#) de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1967, titulada “Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad”; véanse también la resolución [2712 \(XXV\)](#) de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 1970, y la resolución [2840 \(XXVI\)](#) de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1971.

³³⁰ Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, art. IV.

sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad y los Crímenes de Guerra, que utiliza esencialmente el mismo lenguaje³³¹. En la actualidad, no parece haber ningún Estado con legislación sobre crímenes de lesa humanidad que prohíba el enjuiciamiento después de transcurrido cierto tiempo. Por el contrario, numerosos Estados han aprobado legislación específica contra toda limitación de esa índole.

36) Muchos tratados que se ocupan de delitos tipificados en la legislación nacional que no sean crímenes de lesa humanidad no contienen ninguna prohibición acerca de la prescripción. Por ejemplo, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984 no contiene ninguna prohibición de que se aplique la prescripción a los delitos relacionados con la tortura. Aun así, el Comité contra la Tortura ha afirmado que, habida cuenta de su gravedad, esos delitos no deben estar sujetos a prescripción³³². Asimismo, si bien el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966³³³ no aborda directamente la cuestión, el Comité de Derechos Humanos ha exhortado a que se suprima la prescripción en relación con las violaciones graves del Pacto³³⁴. En cambio, en la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006 se aborda la cuestión de la prescripción y se establece que “[c]ada Estado Parte que aplique un régimen de prescripción a la desaparición forzada tomará las medidas necesarias para que el plazo de prescripción de la acción penal: a) sea prolongado y proporcionado a la extrema gravedad de este delito”³³⁵. Los trabajos preparatorios de la Convención indican que la finalidad de esta disposición era distinguir entre los delitos que pudieran constituir un crimen de lesa humanidad (que no debían prescribir) y todos los demás delitos recogidos en la Convención³³⁶.

Penas apropiadas

37) El párrafo 7 del proyecto de artículo 6 establece que todo Estado deberá asegurarse de que los delitos mencionados en el artículo sean castigados con penas apropiadas que tengan en cuenta su gravedad.

38) La Comisión estableció, en su proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996, que “[e]l responsable de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad será sancionado con una pena. La pena será proporcional a la naturaleza y la gravedad del crimen”³³⁷. En el comentario se explicó además que “[e]l carácter del crimen es lo que lo distingue de otro [...]. La gravedad de un crimen se deduce de las circunstancias en que se comete y de los sentimientos que impulsaron a su autor”³³⁸. Así pues, “aunque el acto criminal sea jurídicamente el mismo, los medios y

³³¹ Convenio Europeo sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad y los Crímenes de Guerra, art. 1.

³³² Véase, por ejemplo, informe del Comité contra la Tortura, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/62/44)*, cap. III, examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención, Italia, párr. 40 19).

³³³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pág. 171.

³³⁴ Véase, por ejemplo, informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 40 (A/63/40)*, vol. I, cap. IV, examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto y de las situaciones de países en ausencia de informes que han dado lugar a observaciones finales públicas, Panamá (secc. A, párr. 79 7)).

³³⁵ Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 8, párr. 1 a). Por el contrario, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas establece que la acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción.

³³⁶ Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (*E/CN.4/2004/59*), párrs. 43 a 46 y 56.

³³⁷ *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), cap. II, secc. D, art. 3.

³³⁸ *Ibid.*, párr. 3) del comentario al art. 3.

métodos utilizados difieren, en función de los diversos grados de depravación y crueldad. Todos esos factores orientarán al tribunal al aplicar la sanción”³³⁹.

39) En la medida en que una corte o un tribunal internacional tengan competencia respecto de los crímenes de lesa humanidad, las penas previstas para ese tipo de delitos podrán variar, pero se espera que sean acordes con la gravedad del delito. El Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia dispone que “[l]a Sala de Primera Instancia solo podrá imponer penas de privación de la libertad. Para determinar las condiciones en que se habrán de cumplir, las Salas de Primera Instancia recurrirán a la práctica general de los tribunales de la ex-Yugoslavia relativa a las penas de prisión”³⁴⁰. Además, el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia debe “tener en cuenta factores tales como la gravedad del delito y las circunstancias personales del condenado”³⁴¹. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda está redactado en términos idénticos, con la salvedad de que es preciso recurrir a “la práctica general de los tribunales de Rwanda relativa a las penas de prisión”³⁴². Incluso en el caso de las condenas por los crímenes internacionales más graves de trascendencia internacional, este enfoque puede dar lugar a una gran diversidad de penas. El artículo 77 del Estatuto de Roma de 1998 también prevé esta flexibilidad, al establecer la posibilidad de imponer una pena de reclusión de hasta 30 años o la reclusión a perpetuidad “cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado”³⁴³. Hay fórmulas similares en los instrumentos que regulan el Tribunal Especial para Sierra Leona³⁴⁴, el Tribunal Especial para el Líbano³⁴⁵, las Salas Especiales de Delitos Graves de Timor Oriental³⁴⁶, las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya³⁴⁷, el Tribunal Penal Supremo del Iraq³⁴⁸ y las Salas Africanas Extraordinarias del sistema judicial senegalés³⁴⁹. Del mismo modo, en la medida en que en un ordenamiento jurídico nacional se hayan tipificado los crímenes de lesa humanidad, las penas previstas para ese tipo de delitos podrán variar, pero se espera que sean acordes con la gravedad del delito.

40) Los tratados internacionales que se ocupan de delitos no dictan a los Estados parte las penas que han de imponerse (o no), sino que, más bien, les conceden un margen de discrecionalidad para determinar el castigo en función de las circunstancias específicas del infractor y del delito³⁵⁰. La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 simplemente insta a que se establezcan “sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados...”³⁵¹. Los Convenios de Ginebra de 1949 también establecen una norma general y dejan margen a los Estados para fijar el castigo adecuado, al exigir simplemente que “[l]as Altas Partes Contratantes [...] tom[en] todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar [por la comisión de]

³³⁹ *Ibid.*

³⁴⁰ Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, art. 24, párr. 1.

³⁴¹ *Ibid.*, art. 24, párr. 2.

³⁴² Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, art. 23, párr. 1.

³⁴³ Estatuto de Roma, art. 77.

³⁴⁴ Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, art. 19.

³⁴⁵ Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano, art. 24.

³⁴⁶ Estatuto del Tribunal para Timor Oriental, art. 10.

³⁴⁷ Acuerdo relativo al Establecimiento de las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya, art. 39.

³⁴⁸ Estatuto del Tribunal Penal Supremo del Iraq, art. 24.

³⁴⁹ Estatuto de las Salas Africanas Extraordinarias, art. 24.

³⁵⁰ Véase el informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (E/CN.4/2004/59), párr. 58 (donde se indica que “[v]arias delegaciones expresaron su satisfacción por el margen de maniobra otorgado a los Estados” en esa disposición); informe del Comité *Ad Hoc* para la Elaboración de una Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 39 (A/32/39)*, anexo I (Actas resumidas de las sesiones 1ª a 19ª del Comité), 13ª sesión (15 de agosto de 1977), párr. 4 (observaciones similares del representante de los Estados Unidos de América); resolución 2005/81 de la Comisión de Derechos Humanos sobre la impunidad, párr. 15 (donde se pide a “todos los Estados [...] que velen por que las penas sean adecuadas y proporcionales a la gravedad del delito cometido”).

³⁵¹ Convención contra el Genocidio, art. V.

una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio...”³⁵². Tratados más recientes que se ocupan de delitos tipificados en los ordenamientos jurídicos nacionales indican generalmente que la pena debe ser “adecuada”. Aunque la Comisión propuso inicialmente que se utilizara la expresión “penas severas” en su proyecto de artículos sobre los agentes diplomáticos y otras personas protegidas, los Estados utilizaron en su lugar la expresión “penas adecuadas” en la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, de 1973³⁵³. Esa expresión ha servido de modelo para tratados ulteriores. Al mismo tiempo, en la disposición relativa a las penas “adecuadas” de la Convención de 1973 se instó a que la pena tuviera en cuenta el “carácter grave” del delito. La Comisión comentó que esa referencia tenía por finalidad subrayar que la pena debía tener en cuenta los importantes “intereses mundiales” en juego al castigar ese delito³⁵⁴. Desde 1973, este enfoque (que cada Estado parte haga que “esos delitos sean castigados con penas adecuadas que tengan en cuenta el carácter grave de los mismos”) ha sido adoptado en numerosos tratados, entre ellos la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984³⁵⁵. En algunos tratados, la cuestión de la gravedad (*gravity*) se expresa con términos como la “extrema gravedad” (*extreme seriousness*), la “gravedad” (*serious nature*) o la “extrema gravedad” (*extreme gravity*) de los delitos³⁵⁶.

Personas jurídicas

41) Los párrafos 1 a 7 del proyecto de artículo 6 se ocupan de la responsabilidad penal de las personas físicas que han cometido un hecho delictivo, aunque no se utilice el término “física”, lo que concuerda con el criterio adoptado en los tratados relativos a los delitos. El párrafo 8, en cambio, se ocupa de la responsabilidad de las “personas jurídicas” por los delitos mencionados en el proyecto de artículo 6.

42) En los últimos años, la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha convertido en una característica de la legislación nacional de muchos Estados, pero sigue siendo desconocida en muchos otros³⁵⁷. En los Estados en que se trata de un concepto conocido, tal responsabilidad a veces existe con respecto a crímenes internacionales³⁵⁸. Por supuesto, los actos que pueden generar esa responsabilidad son cometidos por personas físicas, que actúan como funcionarios, administradores, agentes o en virtud de algún otro cargo o representación de la persona jurídica. Tal responsabilidad, en los Estados en que el

³⁵² Convenio de Ginebra I, art. 49; Convenio de Ginebra II, art. 50; Convenio de Ginebra III, art. 129; Convenio de Ginebra IV, art. 146; véase el Comentario de 2016 del CICR sobre el artículo 49 (nota 257 *supra*), párrs. 2838 a 2846.

³⁵³ Véase Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, art. 2, párr. 2 (“Cada Estado parte hará que esos delitos sean castigados con penas adecuadas...”).

³⁵⁴ *Anuario...*, 1972, vol. II, documento A/8710/Rev.1, cap. III, secc. B (proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los delitos contra los agentes diplomáticos y otras personas internacionalmente protegidas), párr. 12) del comentario al art. 2, párr. 2.

³⁵⁵ Convención contra la Tortura, art. 4; véanse también Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, art. 9, párr. 2; Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, art. 4 b); Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, art. 4 b); Convención de la OUA sobre la Prevención y la Lucha contra el Terrorismo, art. 2 a).

³⁵⁶ Véanse, por ejemplo, Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 7, párr. 1; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, art. 6; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, art. III.

³⁵⁷ Véase, por ejemplo, *New TV S.A.L. Karma Mohamed Tashin Al Khayat, Case No. STL-14-05/PT/AP/AR126.1, Decision of 2 October 2014 on interlocutory appeal concerning personal jurisdiction in contempt proceedings, Appeals Panel*, Tribunal Especial para el Líbano, párr. 58 (“la práctica relativa a la responsabilidad penal de las sociedades y las penas con ella relacionadas varía según los ordenamientos jurídicos nacionales”).

³⁵⁸ Véase, por ejemplo, Código Orgánico Integral Penal de la República del Ecuador, *Registro Oficial, Suplemento, Año 1, núm. 180*, 10 de febrero de 2014, art. 90. Sanción para la persona jurídica (que dispone, en una sección titulada “Delitos contra la humanidad”, que: “Cuando una persona jurídica sea la responsable de cualquiera de los delitos de esta Sección, será sancionada con la extinción de la misma”).

concepto existe, suele exigirse cuando el delito en cuestión ha sido cometido por una persona física por cuenta o en beneficio de la persona jurídica.

43) La responsabilidad penal de las personas jurídicas no ha ocupado por el momento un lugar especialmente destacado en los tribunales penales internacionales. El Estatuto de Nuremberg, en los artículos 9 y 10, autorizó al Tribunal Militar Internacional a declarar durante el juicio de una persona que un grupo u organización era una organización criminal, lo que podía conducir al enjuiciamiento de otras personas por pertenencia a la organización. Durante los procesos incoados ante el Tribunal, así como en los llamados “subsecuentes Procedimientos de Nuremberg” iniciados en virtud de la Ley del Consejo de Control núm. 10, varias organizaciones de esa índole fueron así designadas, pero solo se juzgó y castigó a personas físicas³⁵⁹. El Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Rwanda no eran competentes para juzgar penalmente a personas jurídicas, como tampoco lo son el Tribunal Especial para Sierra Leona, las Salas Especiales de Delitos Graves de Timor Oriental, las Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya, el Tribunal Penal Supremo del Iraq ni las Salas Africanas Extraordinarias del sistema judicial senegalés. Los redactores del Estatuto de Roma de 1998 señalaron que “[e]xiste una profunda divergencia de opiniones por lo que se refiere a la conveniencia de incluir en el Estatuto la responsabilidad penal de las personas jurídicas”³⁶⁰ y aunque se formularon propuestas sobre la inclusión de una disposición sobre esa responsabilidad, el Estatuto de Roma de 1998 no incluyó, en última instancia, tal disposición.

44) La responsabilidad de las personas jurídicas tampoco se ha recogido en muchos tratados que se ocupan de la comisión de delitos en el ámbito nacional, entre otros: la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948; los Convenios de Ginebra de 1949; el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves de 1970; la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos de 1973; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984; el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas de 1997; y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006. El proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, elaborado por la Comisión en 1996, solo se ocupaba de la responsabilidad penal “individual”³⁶¹.

45) Por otra parte, el Protocolo de 2014 por el que se modifica el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos de la Unión Africana, aunque no ha entrado aún en vigor, establece la competencia de la Corte Africana nuevamente constituida para juzgar a personas jurídicas por delitos internacionales, incluidos los crímenes de lesa humanidad³⁶². Además, aunque la competencia para juzgar por la vía penal a personas jurídicas (así como para enjuiciar los crímenes de lesa humanidad) no se establece expresamente en el Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano, la sección de Apelación del Tribunal concluyó en 2014 que el Tribunal era competente para iniciar actuaciones penales contra una persona jurídica por desobediencia al Tribunal³⁶³.

46) Asimismo, existen varios tratados que se refieren a la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de hechos delictivos, en particular: la Convención

³⁵⁹ Véase, por ejemplo, *United States v. Krauch and others*, en *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals (The I.G. Farben Case)*, vols. VII y VIII (Washington, D.C., Tribunales Militares de Nuremberg, 1952).

³⁶⁰ Véase *Documentos Oficiales de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional*, Roma, 15 de junio a 17 de julio de 1998, vol. III (A/CONF.183/13), documento A/CONF.183/2, art. 23, párr. 6, nota 71.

³⁶¹ *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), cap. II, secc. D, pág. 21.

³⁶² Véase Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights, 27 de junio de 2014, art. 46C.

³⁶³ *Al Khayat* (nota 357 *supra*). En última instancia, el Tribunal declaró no culpable a la persona jurídica, Al Jadeed TV. Véase *Al Jadeed [Co.] S.A.L./New T.V.S.A.L.(N.T.V.) Karma Mohamed Tahsin Al Khayat, Case No. STL-14-05/T/CJ, Contempt Judge*, decisión de 18 de septiembre de 2015, Tribunal Especial para el Líbano, párr. 55; *Al Jadeed [Co.] S.A.L./New T.V.S.A.L.(N.T.V.) Karma Mohamed Tahsin Al Khayat, Case No. STL-14-05/A/AP, Appeals Panel*, decisión de 8 de marzo de 2016.

Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, de 1973³⁶⁴; el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, de 1989³⁶⁵; el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, de 1999³⁶⁶; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000³⁶⁷; el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, de 2000³⁶⁸; la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003³⁶⁹; el Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental, de 2005³⁷⁰; y una serie de tratados celebrados en el ámbito del Consejo de Europa³⁷¹. Otros instrumentos regionales también se ocupan de esta cuestión, principalmente en relación con la corrupción³⁷². Esos tratados no suelen definir la expresión “persona jurídica”, dejando que los ordenamientos jurídicos nacionales apliquen la definición que normalmente exista en ellos.

47) La Comisión decidió incluir una disposición sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por crímenes de lesa humanidad, ante la posible participación de personas jurídicas en actos cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil. A este respecto, ha empleado una terminología comúnmente aceptada por

³⁶⁴ Véase Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, art. I, párr. 2 (“Los Estados Partes en la presente Convención declaran criminales las organizaciones, las instituciones y los particulares que cometen el crimen de *apartheid*”).

³⁶⁵ Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación (Basilea, 22 de marzo de 1989), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1673, núm. 28911, pág. 57, art. 2, párr. 14 (“A los efectos del presente Convenio: [...] por ‘persona’ se entiende toda persona natural o jurídica”) y art. 4, párr. 3 (“Las Partes considerarán que el tráfico ilícito de desechos peligrosos y otros desechos es delictivo”).

³⁶⁶ Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, art. 5. Por lo que respecta a las propuestas presentadas durante las negociaciones que llevaron al artículo 5, véase “Medidas para eliminar el terrorismo internacional: informe del Grupo de Trabajo” (A/C.6/54/L.2) (26 de octubre de 1999).

³⁶⁷ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 10.

³⁶⁸ Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (Nueva York, 25 de mayo de 2000), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2171, núm. 27531, pág. 227.

³⁶⁹ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 26. Por lo que respecta a los antecedentes, véase Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Trabajos Preparatorios de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (publicación de las Naciones Unidas en formato electrónico, noviembre de 2012), págs. 253 a 256, y *Guía Legislativa para la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, 2ª ed. revisada (2012), págs. 92 a 98. Por lo que respecta a la convención análoga adoptada por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, véase OCDE, *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions* (París, 21 de noviembre de 1997), art. 2 (“Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por la corrupción de un agente público extranjero”).

³⁷⁰ Protocolo de 2005 al Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental (Londres, 14 de octubre de 2005), art. 5 (para el texto de la Convención de 1988 y el Protocolo correspondiente, véase Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1678, núm. 29004, pág. 201).

³⁷¹ Véase, por ejemplo, Consejo de Europa, Criminal Law Convention on Corruption (Estrasburgo, 27 de enero de 1999), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2216, núm. 39391, pág. 225, art. 18, complementada con el Protocolo Adicional (Estrasburgo, 15 de mayo de 2003) (relativo a la corrupción de árbitros y jurados), *ibid.*, vol. 2466, núm. 39391, pág. 168; European Convention on the Suppression of Terrorism (Estrasburgo, 27 de enero de 1977), *ibid.*, vol. 1137, núm. 17828, pág. 93, art. 10.

³⁷² Véanse, por ejemplo, la Convención Interamericana contra la Corrupción (Caracas, 29 de marzo de 1996), ILM, vol. 35, núm. 3 (mayo de 1996), pág. 727, art. 8; *Southern African Development Community Protocol against Corruption* (Blantyre (Malawi), 14 de agosto de 2001), art. 4, párr. 2; *African Union Convention on Preventing and Combating Corruption* (Maputo, 11 de julio de 2003), art. 11, párr. 1.

los Estados en relación con otros crímenes y que da a los Estados una flexibilidad considerable en el cumplimiento de su obligación.

48) El párrafo 8 del proyecto de artículo 6 toma como modelo el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, de 2000. El Protocolo Facultativo fue aprobado por la Asamblea General en 2000 y entró en vigor en 2002. En julio de 2017, un total de 173 Estados eran parte en el Protocolo Facultativo y otros 9 Estados lo habían firmado pero no lo habían ratificado todavía. El artículo 3, párrafo 1, del Protocolo Facultativo dispone que los Estados partes están obligados a asegurarse de que determinados actos queden comprendidos en su legislación penal, como la venta de niños para su explotación sexual o el ofrecimiento de un niño con fines de prostitución. Más adelante, el artículo 3, párrafo 4, dice así: “Con sujeción a los preceptos de su legislación, los Estados Partes adoptarán, cuando proceda, disposiciones que permitan hacer efectiva la responsabilidad de personas jurídicas por los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo. Con sujeción a los principios jurídicos aplicables en el Estado parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser penal, civil o administrativa”.

49) El párrafo 8 del proyecto de artículo 6 utiliza los mismos términos, pero sustituye las palabras “Estados Partes” por “Estado” y la expresión “por los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo” por la de “por los delitos enunciados en el presente proyecto de artículo”. El párrafo 8 impone al Estado la obligación de “[adoptar] disposiciones”, en el sentido de que está obligado a procurar de buena fe la adopción de esas disposiciones. Al mismo tiempo, el párrafo 8 concede al Estado una gran flexibilidad para configurar esas medidas en consonancia con su legislación nacional. En primer lugar, las palabras “[c]on sujeción a los preceptos de su legislación nacional” deben interpretarse en el sentido de que el Estado dispone de un margen de discrecionalidad considerable en cuanto a las disposiciones que se adopten; la obligación se entiende “con sujeción al” enfoque en materia de responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de hechos delictivos que exista en la legislación nacional del Estado. Por ejemplo, en la mayoría de los Estados, la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de hechos delictivos solo será de aplicación, de conformidad con la legislación nacional, respecto de determinados tipos de personas jurídicas y no de otras. En la mayoría de las legislaciones nacionales, la expresión “personas jurídicas”, en este contexto, probablemente excluya a los Estados, los Gobiernos u otros órganos públicos que ejerzan competencias del Estado, así como a las organizaciones internacionales públicas³⁷³. Asimismo, la responsabilidad de las personas jurídicas con arreglo a las legislaciones nacionales puede variar en razón: de la diversidad de personas físicas cuyo comportamiento pueda atribuirse a la persona jurídica, las formas de responsabilidad de las personas físicas que pueden dar lugar a la responsabilidad de la persona jurídica, de si es necesario demostrar el dolo de una persona física para hacer efectiva la responsabilidad de la persona jurídica; o de si es necesario demostrar que una persona física concreta ha cometido el delito³⁷⁴.

50) En segundo lugar, todo Estado está obligado a adoptar disposiciones, “cuando proceda”, para hacer efectiva la responsabilidad de las personas jurídicas. Aunque el Estado, en virtud de su legislación nacional, pueda en general imputar responsabilidad a las personas jurídicas por la comisión de un delito, podrá llegar a la conclusión de que tal disposición no procede en el contexto específico de los crímenes de lesa humanidad.

51) En cuanto a las disposiciones adoptadas, la segunda oración del párrafo 8 establece: “Con sujeción a los principios jurídicos del Estado, dicha responsabilidad de las personas

³⁷³ El Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa enuncia explícitamente esa excepción (véase, por ejemplo, el art. 1 d): “a efectos del presente Convenio: [...] por ‘persona jurídica’ se entenderá cualquier entidad que posea esta condición en virtud del derecho internacional aplicable, excepción hecha de los Estados o de otras entidades públicas en el ejercicio de sus prerrogativas de poder público y de las organizaciones internacionales públicas”.

³⁷⁴ Para una breve visión de conjunto de las diferencias entre los sistemas jurídicos de derecho anglosajón (*common law*) y los de inspiración romanista respecto de la responsabilidad de las personas jurídicas, véase *Al Jadeed, Contempt Judge*, decisión de 18 de septiembre de 2015 (véase la nota 363 *supra*), párrs. 63 a 67.

jurídicas podrá ser penal, civil o administrativa”. Esa oración figura, no solo en el Protocolo Facultativo de 2000, como se ha señalado antes, sino también en otros tratados que han obtenido muchas adhesiones, como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000³⁷⁵, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003³⁷⁶. La flexibilidad que pone de manifiesto la terminología empleada reconoce y tiene en cuenta una vez más la diversidad de los enfoques adoptados en los ordenamientos jurídicos nacionales. No hay, como tal, una obligación de establecer la responsabilidad penal si ello es incompatible con los principios jurídicos nacionales de un Estado; en esos casos, se puede recurrir como alternativa a una forma de responsabilidad civil o administrativa. En cualquier caso, ya sea penal, civil o administrativa, esa responsabilidad se entiende sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas prevista en el proyecto de artículo 6.

Artículo 7 **Establecimiento de la competencia nacional**

1. Todo Estado adoptará las medidas necesarias para establecer su competencia respecto de los delitos comprendidos en el presente proyecto de artículos en los siguientes casos:

- a) cuando el delito sea cometido en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado;
- b) cuando el presunto infractor sea nacional de ese Estado o, si ese Estado lo considera apropiado, una persona apátrida que resida habitualmente en su territorio;
- c) cuando la víctima sea nacional de ese Estado, si este lo considera apropiado.

2. Todo Estado adoptará también las medidas necesarias para establecer su competencia respecto de los delitos comprendidos en el presente proyecto de artículos en los casos en que el presunto infractor se encuentre en cualquier territorio bajo su jurisdicción y no lo extradite o lo entregue de conformidad con lo dispuesto en el presente proyecto de artículos.

3. El presente proyecto de artículos no excluye el ejercicio de cualquier competencia penal establecida por un Estado de conformidad con su legislación nacional.

Comentario

1) El proyecto de artículo 7 dispone que todo Estado ha de establecer su competencia respecto de los delitos comprendidos en el presente proyecto de artículos en una serie de casos, como cuando el delito tiene lugar en un territorio bajo su jurisdicción, ha sido cometido por uno de sus nacionales o el infractor se encuentra en un territorio bajo su jurisdicción.

2) Por regla general, los instrumentos internacionales han tratado de alentar a los Estados a que establezcan en la legislación nacional una gama relativamente amplia de fundamentos jurisdiccionales para reprimir los delitos más graves de trascendencia internacional, de modo que no haya refugio para quienes los cometan. Así, con arreglo al

³⁷⁵ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 10, párr. 2 (“Con sujeción a los principios jurídicos del Estado parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa”); véase también el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, art. 5, párr. 1 (“Cada Estado Parte, de conformidad con sus principios jurídicos internos, adoptará las medidas necesarias para que pueda establecerse la responsabilidad de una entidad jurídica ubicada en su territorio o constituida con arreglo a su legislación, cuando una persona responsable de su dirección o control cometa, en esa calidad, un delito enunciado en el artículo 2. Esa responsabilidad podrá ser penal, civil o administrativa”).

³⁷⁶ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 26, párr. 2 (“Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa”).

proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, de 1996, elaborado por la Comisión, “cada Estado parte adoptará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los crímenes” previstos en el proyecto de código, que no sean el crimen de agresión, “sean cuales fueren el lugar de comisión de esos crímenes y sus autores”³⁷⁷. La amplitud de esa competencia era necesaria porque “[l]a Comisión consideró que la aplicación efectiva del código requería un planteamiento mixto de la jurisdicción, basado en la competencia más amplia de los tribunales nacionales combinada con la posible competencia de un tribunal penal internacional”³⁷⁸. El preámbulo del Estatuto de Roma de 1998 dispone que “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional [...] para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia” y que “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”.

3) Así pues, cuando los tratados que se ocupan de delitos tratan de la aplicación en la legislación nacional, incluyen generalmente una disposición sobre el establecimiento de la competencia nacional. Por ejemplo, en los debates celebrados en un grupo de trabajo de la Comisión de Derechos Humanos establecido para elaborar un instrumento internacional sobre la desaparición forzada se señaló que “[e]l establecimiento de una competencia lo más amplia posible en beneficio de las jurisdicciones penales nacionales en materia de desapariciones forzadas parece ser necesario para que el futuro instrumento sea eficaz”³⁷⁹. Al mismo tiempo, esos tratados suelen obligar únicamente al Estado parte a ejercer su competencia cuando el presunto infractor se encuentre en el territorio del Estado parte (véase el proyecto de artículo 9 *infra*), lo que da lugar a que se someta el caso a las autoridades competentes de ese Estado parte a efectos de enjuiciamiento o a que se extradite o entregue al presunto infractor a otro Estado parte o tribunal internacional competente (véase el proyecto de artículo 10 *infra*).

4) Reflexionando sobre la aceptación de esa obligación en los tratados y, en particular, en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, la Corte Internacional de Justicia observó lo siguiente en la causa relativa a *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*:

La obligación del Estado de tipificar la tortura y establecer su competencia al respecto encuentra su equivalente en las disposiciones de muchos instrumentos internacionales de lucha contra la delincuencia internacional. Esta obligación, que tiene que ser cumplida por el Estado en cuestión en el momento en que queda obligado por la Convención, tiene en particular una naturaleza preventiva y disuasoria, ya que al dotarse de las herramientas jurídicas necesarias para enjuiciar este tipo de delitos, los Estados partes se aseguran de que sus sistemas jurídicos funcionarán a tal fin y se comprometen a coordinar sus esfuerzos por eliminar todo riesgo de impunidad. Este carácter preventivo se hace más pronunciado a medida que aumenta el número de Estados partes³⁸⁰.

5) Hay disposiciones comparables a las que figuran en el proyecto de artículo 7 en muchos tratados que se ocupan de delitos³⁸¹. Aunque aún no existe ningún tratado relativo a

³⁷⁷ *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), cap. II, secc. D, art. 8.

³⁷⁸ *Ibid.*, párr. 5) del comentario al art. 8.

³⁷⁹ Comisión de Derechos Humanos, informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (E/CN.4/2003/71), párr. 65.

³⁸⁰ Véase *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 422 y ss., en especial pág. 451, párr. 75.

³⁸¹ Véanse, por ejemplo, Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, art. 4; Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, art. 5, párr. 1 a) y b); Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, art. 3; Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, art. 5; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, art. 12; Convención contra la Tortura, art. 5; Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, art. 10; Convención Interamericana sobre Desaparición

los crímenes de lesa humanidad, los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal indicaron en su opinión disidente conjunta en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)* que:

La serie de tratados multilaterales con disposiciones especiales en materia de competencia refleja la determinación de la comunidad internacional de que no queden impunes las personas involucradas en crímenes de guerra, secuestros, toma de rehenes [y] torturas. A pesar de que los crímenes de lesa humanidad no son todavía objeto de una convención independiente, no cabe dudar de una indignación internacional comparable ante esos actos³⁸².

6) El párrafo 1 a) del proyecto de artículo 7 exige que se establezca la competencia cuando el delito se cometa en el territorio del Estado, un tipo de competencia que, a menudo, se denomina “competencia territorial”. En lugar de referirse únicamente al “territorio” de un Estado, la Comisión consideró apropiado referirse al territorio “bajo su jurisdicción”, que, como sucedía en el proyecto de artículo 4, tiene por objeto englobar tanto el territorio *de iure* del Estado como cualquier otro territorio bajo su jurisdicción. Además, la competencia territorial a menudo incluye la competencia para conocer de los delitos cometidos a bordo de un buque o una aeronave matriculados en el Estado; de hecho, los Estados que aprueban leyes nacionales sobre los crímenes de lesa humanidad generalmente establecen su competencia respecto de los actos ocurridos en esos buques o aeronaves.

7) El párrafo 1 b) del proyecto de artículo 7 requiere que se establezca la competencia cuando el presunto infractor sea nacional de ese Estado, un tipo de competencia que en ocasiones se denomina “competencia en razón de la nacionalidad” o “competencia en razón de la personalidad activa”. El párrafo 1 b) también indica que el Estado puede, a título facultativo, establecer la competencia cuando el infractor sea “una persona apátrida que resida habitualmente en su territorio”. Esa formulación se basa en el texto de algunas convenciones vigentes, como el artículo 5, párrafo 1 b), de la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes de 1979.

8) El párrafo 1 c) del proyecto de artículo 7 se refiere a la competencia cuando la víctima sea nacional del Estado, un tipo de competencia que a veces se conoce como “competencia en razón de la personalidad pasiva”. Dado que muchos Estados prefieren no ejercer ese tipo de competencia, es facultativa; un Estado puede establecer esa competencia “si [...] lo considera apropiado”, pero no está obligado a hacerlo. Esa formulación también se basa en el texto de una amplia variedad de instrumentos en vigor.

9) El párrafo 2 del proyecto de artículo 7 se refiere a las situaciones en que los demás tipos de competencia pueden no existir, pero el presunto infractor “se encuentr[a]” en un territorio bajo la jurisdicción del Estado y este no lo extradita o lo entrega de conformidad con lo dispuesto en el presente proyecto de artículos. En ese caso, aunque el delito no se haya cometido en su territorio, el presunto infractor no sea nacional de ese Estado y la víctima o las víctimas del delito tampoco lo sean, el Estado tiene la obligación de establecer su competencia, dada la presencia del presunto infractor en su territorio. Esa obligación contribuye a impedir que un presunto infractor busque refugio en un Estado que no tenga conexión, en modo alguno, con el delito.

10) El párrafo 3 del proyecto de artículo 7 deja claro que, si bien todo Estado tiene la obligación de establecer esos tipos de competencia, ello no excluye el ejercicio de cualquier otra competencia prevista en la legislación nacional de ese Estado. Así, a fin de preservar el

Forzada de Personas, art. IV; Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, art. 6; Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, art. 7; Convención de la OUA sobre la Prevención y la Lucha contra el Terrorismo, art. 6, párr. 1; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 15; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 9, párrs. 1 y 2; Convención de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental sobre la Lucha contra el Terrorismo, art. VII, párrs. 1 a 3.

³⁸² *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 324 *supra*), opinión disidente conjunta de los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal, párr. 51.

derecho de los Estados partes a establecer una competencia nacional más allá del alcance del tratado, y sin perjuicio de cualquier norma de derecho internacional aplicable, los tratados que se ocupan de delitos generalmente prevén la posibilidad de que un Estado parte pueda haber determinado otros motivos para establecer su competencia que le permitan exigir responsabilidades a un presunto infractor³⁸³. En su opinión disidente conjunta en la causa relativa a la *Orden de detención*, los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal citaron, entre otras, una disposición de esa índole que figura en la Convención contra la Tortura, y declararon lo siguiente:

Rechazamos la idea de que la lucha contra la impunidad se “delega” en los tratados y tribunales internacionales y de que los tribunales nacionales no tienen ninguna competencia en esas cuestiones. Se ha prestado gran atención al formular las disposiciones convencionales en la materia a no excluir otros motivos de competencia que puedan ejercerse con carácter voluntario³⁸⁴.

11) El establecimiento de los diversos tipos de competencia nacional citados en el proyecto de artículo 7 es importante para apoyar la obligación *aut dedere aut iudicare*, enunciada en el proyecto de artículo 10 *infra*. En su opinión disidente en la causa relativa a la *Orden de detención*, el Magistrado Guillaume observó lo siguiente con respecto al “sistema” establecido en virtud de los tratados de ese tipo:

Siempre que el autor de cualquiera de los delitos recogidos en esas convenciones se encuentre en el territorio de un Estado, este tiene la obligación de detenerlo y después extraditarlo o juzgarlo. *Antes debe haber conferido competencia a sus tribunales para juzgarlo si no es extraditado*. De este modo se asegura el castigo universal de todos esos delitos, ya que se deniega refugio a los infractores en todos los Estados³⁸⁵.

Artículo 8 **Investigación**

Todo Estado velará por que las autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial siempre que haya motivos razonables para creer que se han cometido o se están cometiendo actos que constituyen crímenes de lesa humanidad en cualquier territorio bajo su jurisdicción.

Comentario

1) El proyecto de artículo 8 se ocupa de las situaciones en que hay motivos razonables para creer que se han cometido o se están cometiendo actos que constituyen crímenes de lesa humanidad en el territorio bajo la jurisdicción de un Estado. Ese Estado es el más indicado para realizar ese tipo de investigación a fin de determinar si, de hecho, los crímenes se han cometido o se están cometiendo y, de ser así, si han sido cometidos por fuerzas gubernamentales bajo su control, fuerzas bajo el control de otro Estado o miembros de una organización no estatal. Esa investigación puede servir no solo para identificar a los presuntos infractores y localizarlos, sino también para contribuir a acabar con los crímenes que se están cometiendo e impedir que vuelvan a cometerse identificando su origen. La investigación debe contrastarse con una investigación preliminar de los hechos en relación

³⁸³ Véase Comité Especial encargado de Elaborar una Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, proyecto revisado de convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (A/AC.254/4/Rev.4), nota 102, pág. 21; véase también Consejo de Europa, *Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption, European Treaty Series*, núm. 173, párr. 83 (“La competencia se ha basado tradicionalmente en la territorialidad o la nacionalidad. No obstante, en el ámbito de la corrupción, esos principios pueden no bastar siempre para ejercer la competencia, por ejemplo, respecto de los casos que se han producido fuera del territorio de una Parte, sin participación de sus nacionales, pero que afectan a sus intereses (como la seguridad nacional). El párrafo 4 del presente artículo permite a las Partes establecer, de conformidad con su legislación nacional, otros tipos de competencia”).

³⁸⁴ *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 324 *supra*), opinión disidente conjunta de los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal, párr. 51.

³⁸⁵ *Ibid.*, opinión separada del Magistrado Guillaume, párr. 9 (sin cursiva en el original).

con el presunto infractor que se encuentre en el Estado, a la que se hace referencia en el proyecto de artículo 9, párrafo 2, *infra*.

2) En algunos tratados sobre otros delitos se ha incluido una obligación comparable³⁸⁶. Por ejemplo, el artículo 12 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984 dispone lo siguiente: “Todo Estado Parte velará por que, siempre que haya motivos razonables para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto de tortura, las autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial”. Esa obligación es diferente de la obligación del Estado parte recogida en el artículo 6, párrafo 2, de la Convención contra la Tortura de 1984 de realizar una investigación de los hechos en relación con un presunto infractor en concreto. Como se ha señalado, el artículo 12 de la Convención contra la Tortura de 1984 exige que se proceda a una investigación siempre que haya “motivos razonables para creer” que se ha cometido un delito, independientemente de si las víctimas han presentado una denuncia oficial ante las autoridades del Estado³⁸⁷. Dado que es, en efecto, probable que cuanto más sistemática sea la práctica de la tortura en un determinado país, menor sea el número de denuncias oficiales de tortura que se presenten, es posible que se vulnere el artículo 12 de la Convención contra la Tortura de 1984 aunque el Estado no haya recibido ninguna denuncia al respecto. El Comité contra la Tortura ha señalado que las autoridades de los Estados deben “proceder inmediatamente” a una investigación siempre que haya motivos razonables para creer que se han cometido actos de tortura o malos tratos, “sin que tenga mayor relevancia el origen de la sospecha”³⁸⁸.

3) El Comité contra la Tortura también ha determinado que se ha infringido el artículo 12 cuando la investigación del Estado no ha sido “pronta e imparcial”³⁸⁹. La condición de que sea pronta significa que, en cuanto exista la sospecha de que se ha cometido un delito, deben iniciarse de inmediato o sin demora las investigaciones. En la mayoría de los casos en que el Comité determinó que no se había actuado con prontitud, lo que había ocurrido es que no se había llevado a cabo ningún tipo de investigación o la investigación no se había iniciado hasta después de transcurrido mucho tiempo. Por ejemplo, el Comité consideró que “el transcurso de un período de 15 meses antes de iniciar una investigación de las alegaciones es excesivamente largo y no cumple el requisito del artículo 12 de la Convención”³⁹⁰. Los motivos subyacentes al requisito de la prontitud son que las huellas físicas que podrían probar la tortura pueden desaparecer rápidamente y que las víctimas pueden estar en peligro de ser sometidas a nuevas torturas, algo que una pronta investigación puede evitar³⁹¹.

4) El requisito de la imparcialidad significa que los Estados deben proceder a realizar las investigaciones de manera seria, efectiva y justa. En algunas ocasiones, el Comité contra la Tortura ha recomendado que la investigación de los delitos “esté bajo la vigilancia

³⁸⁶ Véanse, por ejemplo, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, art. 8; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 12, párr. 2; Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica (Estambul, 11 de mayo de 2011), Consejo de Europa, *European Treaty Series*, núm. 210, art. 55, párr. 1.

³⁸⁷ Véanse *Encarnación Blanco Abad c. España*, comunicación núm. 59/1996, 14 de mayo de 1998, párr. 8.2, en el informe del Comité contra la Tortura, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/53/44)*, anexo X, secc. A.3; *Danilo Dimitrijevic c. Serbia y Montenegro*, comunicación núm. 172/2000, 16 de noviembre de 2005, párr. 7.3, *ibid.*, *sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/61/44)*, anexo VIII, secc. A.

³⁸⁸ Véase *Dhaou Belgacem Thabti c. Túnez*, comunicación núm. 187/2001, 14 de noviembre de 2003, párr. 10.4, *ibid.*, *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/59/44)*, anexo VII, secc. A.

³⁸⁹ Véase, por ejemplo, *Bairamov c. Kazajstán*, comunicación núm. 497/2012, 14 de mayo de 2014, párrs. 8.7 y 8.8, *ibid.*, *sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/69/44)*, anexo XIV.

³⁹⁰ *Qani Halimi-Nedzibi c. Austria*, comunicación núm. 8/1991, 18 de noviembre de 1993, párr. 13.5, *ibid.*, *cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/49/44)*, anexo V.

³⁹¹ *Encarnación Blanco Abad c. España* (véase la nota 387 *supra*), párr. 8.2.

directa de jueces independientes”³⁹². En otras ocasiones, ha afirmado la “prohibición absoluta a todo organismo del Estado no habilitado para ello, de desarrollar investigaciones en asuntos de carácter penal”³⁹³. El Comité ha señalado que una investigación imparcial da el mismo peso a las afirmaciones de que el delito se cometió o no se cometió y a continuación sigue las vías de investigación apropiadas, como comprobar los registros públicos disponibles, examinar a los funcionarios públicos competentes u ordenar la exhumación de cadáveres³⁹⁴.

5) Algunos tratados que no incluyen expresamente esa obligación de investigar han sido interpretados, no obstante, en el sentido de que la incluyen implícitamente. Por ejemplo, aunque en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 no figura ninguna obligación expresa de ese tipo, el Comité de Derechos Humanos ha afirmado reiteradamente que los Estados deben investigar de buena fe las infracciones del Pacto³⁹⁵. Los órganos regionales de derechos humanos también han interpretado que sus instrumentos legales contienen una obligación implícita de llevar a cabo una investigación³⁹⁶.

Artículo 9

Medidas preliminares cuando el presunto infractor se encuentre en el territorio

1. Si, tras examinar la información de que dispone, considera que las circunstancias lo justifican, todo Estado en el territorio bajo cuya jurisdicción se encuentre una persona sospechosa de haber cometido alguno de los delitos comprendidos en el presente proyecto de artículos procederá a la detención de dicha persona o tomará otras medidas legales para asegurar su presencia. La detención y las otras medidas legales se llevarán a cabo de conformidad con la legislación de ese Estado, si bien podrán mantenerse solamente por el período que sea necesario para permitir el inicio de actuaciones penales o de un procedimiento de extradición o de entrega.

2. Dicho Estado procederá inmediatamente a una investigación preliminar de los hechos.

³⁹² Informe del Comité contra la Tortura, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/49/44)*, cap. IV, examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención, Ecuador, párrs. 97 a 105, en especial párr. 105.

³⁹³ *Ibid.*, *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/56/44)*, cap. IV, examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención, Guatemala, párrs. 67 a 76, en especial párr. 76 d).

³⁹⁴ *Khaled Ben M'Barek c. Túnez*, comunicación núm. 60/1996, 10 de noviembre de 1999, párrs. 11.9 y 11.10, *ibid.*, *quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/55/44)*, anexo VIII, secc. A.

³⁹⁵ Véase Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 31, párr. 15; véanse también *Nazriev c. Tayikistán*, comunicación núm. 1044/2002, dictamen aprobado el 17 de marzo de 2006, párr. 8.2, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 40 (A/61/40)*, vol. II, anexo V, secc. P; *Kouidis c. Grecia*, comunicación núm. 1070/2002, dictamen aprobado el 28 de marzo de 2006, párr. 9, *ibid.*, secc. T; *Agabekov c. Uzbekistán*, comunicación núm. 1071/2002, dictamen aprobado el 16 de marzo de 2007, párr. 7.2, *ibid.*, *sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 40 (A/62/40)*, vol. II, anexo VII, secc. I; *Karimov c. Tayikistán* y *Nursatov c. Tayikistán*, comunicaciones núms. 1108/2002 y 1121/2002, dictamen aprobado el 26 de marzo de 2007, párr. 7.2, *ibid.*, secc. H.

³⁹⁶ Véanse, por ejemplo, *Ergi v. Turkey*, sentencia, 28 de julio de 1998, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Reports of Judgments and Decisions 1998-IV*, párrs. 82, 85 y 86; *Bati and Others v. Turkey*, demandas núms. 33097/96 y 57834/00, sentencia definitiva de 3 de septiembre de 2004, Primera Sección, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2004-IV, párr. 133; *Paniagua Morales y otros vs. Guatemala*, sentencia de 8 de marzo de 1998, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 37; *Ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas de personas c. Perú*, informe núm. 101/01, de 11 de octubre de 2001, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser./L/V/II.114 doc. 5 rev., pág. 563.

3. Cuando un Estado, de conformidad con el presente proyecto de artículo, haya detenido a una persona, notificará inmediatamente tal detención y las circunstancias que la justifican a los Estados mencionados en el proyecto de artículo 7, párrafo 1. El Estado que realice la investigación preliminar prevista en el párrafo 2 del presente proyecto de artículo comunicará sin dilación sus resultados a los Estados antes mencionados e indicará si se propone ejercer su jurisdicción.

Comentario

1) El proyecto de artículo 9 prevé la adopción de algunas medidas preliminares por el Estado en el territorio bajo cuya jurisdicción se encuentre un presunto infractor. El párrafo 1 insta al Estado a proceder a la detención de dicha persona o tomar otras medidas legales para asegurar su presencia, de conformidad con la legislación de ese Estado, pero solamente por el período que sea necesario a fin de permitir el inicio de actuaciones penales o de un procedimiento de extradición o de entrega. Se trata de medidas habituales en los procedimientos penales nacionales, en particular para evitar nuevos actos delictivos y el riesgo de fuga del presunto infractor.

2) El párrafo 2 dispone que el Estado procederá inmediatamente a una investigación preliminar de los hechos. El derecho penal nacional de los Estados suele disponer tal investigación preliminar para determinar si existe un delito perseguible.

3) El párrafo 3 dispone que el Estado notificará inmediatamente las medidas adoptadas a los Estados mencionados en el proyecto de artículo 7, párrafo 1, e indicará si se propone ejercer su jurisdicción. Ello permitirá a esos otros Estados plantearse si desean ejercer su jurisdicción, en cuyo caso podrán solicitar la extradición. En algunas situaciones, un Estado puede no ser plenamente consciente de qué otros Estados han establecido su jurisdicción (por ejemplo, un Estado que ha decidido establecer su jurisdicción respecto de una persona apátrida que reside habitualmente en el territorio de ese Estado); en tales casos, la viabilidad del cumplimiento de la obligación puede depender de las circunstancias.

4) La Asamblea General y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas han reconocido la importancia de esas medidas preliminares en el contexto de los crímenes de lesa humanidad. Así, la Asamblea General ha instado “a todos los Estados a quienes concierna a que adopten las medidas necesarias para la investigación rigurosa de [...] los crímenes de lesa humanidad [...] así como para la identificación, detención, extradición y castigo de tod[a]s [...] las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad y que no hayan sido enjuiciad[a]s ni castigad[a]s”³⁹⁷. En ese mismo sentido, ha afirmado que “la negativa de un Estado a cooperar en la detención, extradición, enjuiciamiento y castigo de los culpables de [...] crímenes de lesa humanidad es contraria a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, así como a las normas del derecho internacional universalmente reconocidas”³⁹⁸. El Consejo de Seguridad ha puesto de relieve que “los Estados tienen la responsabilidad de cumplir sus obligaciones pertinentes de poner fin a la impunidad y de investigar exhaustivamente y procesar a las personas responsables de [...] crímenes de lesa humanidad u otras infracciones graves del derecho internacional humanitario, a fin de impedir dichas infracciones, evitar que se repitan y buscar la paz sostenible, la justicia, la verdad y la reconciliación”³⁹⁹.

5) Los tratados que se ocupan de delitos suelen prever esas medidas preliminares⁴⁰⁰, como el artículo 6 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles,

³⁹⁷ Resolución 2583 (XXIV) de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 1969, sobre la cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad, párr. 1.

³⁹⁸ Resolución 2840 (XXVI) de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1971, sobre la cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad, párr. 4.

³⁹⁹ Resolución 1894 (2009) del Consejo de Seguridad, de 11 de noviembre de 2009, párr. 10.

⁴⁰⁰ Véanse, por ejemplo, Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, art. 6; Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, art. 6; Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, art. 6; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, art. 8; Convenio Internacional para la Represión de los Atentados

Inhumanos o Degradantes de 1984⁴⁰¹. Al examinar, entre otras, las disposiciones que figuran en el artículo 6, la Corte Internacional de Justicia ha explicado que “la incorporación de la legislación correspondiente en el derecho interno [...] permitirá al Estado en cuyo territorio se halle el sospechoso proceder de inmediato a una investigación preliminar de los hechos [...], una medida necesaria para permitir a ese Estado, con conocimiento de los hechos, someter el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento...”⁴⁰². La Corte ha determinado que la investigación preliminar tiene por objeto, como cualquier investigación realizada por las autoridades competentes, corroborar o no las sospechas que pesan sobre una determinada persona. Las autoridades que realizan la investigación tienen encomendada la instrucción del sumario con los hechos y los elementos de prueba; “esas pruebas pueden consistir en documentos o declaraciones testimoniales relativas a los hechos del caso y la posible participación en ellos del sospechoso”⁴⁰³. La Corte ha señalado además que, “si bien la elección de los medios para la realización de la investigación sigue en manos de los Estados partes”, es preciso adoptar las medidas “no bien se identifique al sospechoso en el territorio del Estado, a fin de proceder a la investigación del caso”⁴⁰⁴. Asimismo, el propósito de esas medidas preliminares es “poder incoar un proceso contra un sospechoso, en caso de no concederse la extradición, y de lograr el objetivo y propósito de la Convención, que es hacer más eficaz la lucha contra la tortura evitando que queden impunes los autores de esos actos”⁴⁰⁵.

Artículo 10

Aut dedere aut iudicare

El Estado en el territorio bajo cuya jurisdicción se encuentre el presunto infractor someterá el asunto a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, a menos que extradite o entregue a la persona a otro Estado o tribunal penal internacional competente. Dichas autoridades tomarán la decisión de la misma manera que lo harían en el caso de cualquier otro delito de carácter grave de conformidad con el derecho de ese Estado.

Comentario

1) El proyecto de artículo 10 obliga al Estado en el territorio bajo cuya jurisdicción se encuentra un presunto infractor a enjuiciarlo en el marco del sistema nacional del Estado. El único medio alternativo de cumplimiento de esa obligación es que el Estado extradite o entregue al presunto infractor a otro Estado o tribunal penal internacional competente que esté dispuesto a enjuiciarlo y tenga capacidad para hacerlo. Esa obligación suele conocerse como el principio *aut dedere aut iudicare*, un principio que ha sido estudiado recientemente por la Comisión⁴⁰⁶ y que figura en numerosos tratados multilaterales sobre delitos⁴⁰⁷. Si bien una traducción literal de *aut dedere aut iudicare* tal vez no capte plenamente el sentido de la obligación, la Comisión decidió mantener esa expresión en el título, dada la frecuencia de su uso al referirse a una obligación de ese tipo.

2) En el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, de 1996, elaborado por la Comisión, se definían los crímenes de lesa humanidad en el

Terroristas Cometidos con Bombas, art. 7; Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, art. 9; Convención de la OUA sobre la Prevención y la Lucha contra el Terrorismo, art. 7; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 10; Convención de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental sobre la Lucha contra el Terrorismo, art. VIII.

⁴⁰¹ Convención contra la Tortura, art. 6.

⁴⁰² *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (véase la nota 380 *supra*), pág. 450, párr. 72.

⁴⁰³ *Ibid.*, pág. 453, párr. 83.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, pág. 454, párr. 86.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, pág. 451, párr. 74.

⁴⁰⁶ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10)*, cap. VI.

⁴⁰⁷ Examen de las convenciones multilaterales que pueden resultar pertinentes para la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema “La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut iudicare*)”, estudio de la Secretaría (A/CN.4/630).

artículo 18 y, en el artículo 9, se disponía además que “[s]in perjuicio de la jurisdicción de un tribunal penal internacional, el Estado parte en cuyo territorio se hallare la persona que presuntamente hubiere cometido un crimen previsto en los artículos 17, 18, 19 o 20 concederá la extradición de esa persona o la juzgará”⁴⁰⁸.

3) La mayoría de los tratados multilaterales en que se establece esa obligación⁴⁰⁹ emplean la denominada “fórmula de La Haya”, que debe su nombre al Convenio de La Haya para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, de 1970⁴¹⁰. En virtud de esa fórmula, la obligación surge siempre que el presunto infractor se encuentre en el territorio del Estado parte, independientemente de que algún otro Estado parte desee solicitar la extradición. Aunque habitualmente se alude a ella como la obligación de extraditar o “juzgar”, la obligación consiste en “somete[r] el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento”, esto es, someter el asunto a la fiscalía, que puede decidir iniciar actuaciones judiciales o no hacerlo. En particular, si las autoridades competentes determinan que no hay pruebas suficientes de culpabilidad, el acusado no debe ser imputado, enjuiciado ni castigado⁴¹¹. En los trabajos preparatorios del Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves de 1970 se indica que la fórmula establecía “la obligación de capturar al presunto delincuente, la posibilidad de su extradición, la obligación de remitir el caso a la autoridad competente y la posibilidad de enjuiciamiento”⁴¹².

⁴⁰⁸ *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), cap. II, secc. D (art. 9); véase también la resolución 2005/81 de la Comisión de Derechos Humanos sobre la impunidad, párr. 2 (donde estima que “los Estados deben enjuiciar o extraditar a los autores, incluidos los cómplices, de delitos internacionales como [...] los crímenes de lesa humanidad [...] en cumplimiento de sus obligaciones internacionales para llevarlos ante la justicia, y exhorta a todos los Estados a que tomen medidas eficaces para cumplir estas obligaciones”).

⁴⁰⁹ Véanse Organización de los Estados Americanos (OEA), Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo Configurados en Delitos contra las Personas y la Extorsión Conexa cuando Estos Tengan Trascendencia Internacional (Washington, D.C., 2 de febrero de 1971), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1438, núm. 24371, pág. 191, art. 5; Convención de la Organización de la Unidad Africana para la Eliminación de la Actividad de Mercenarios en África (Libreville, 3 de julio de 1977), *ibid.*, vol. 1490, núm. 25573, pág. 89, arts. 8 y 9, párrs. 2 y 3; Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo, art. 7; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, art. 14; Convención Regional de la Asociación de Asia Meridional para la Cooperación Regional (SAARC) sobre la Eliminación del Terrorismo (Katmandú, 4 de noviembre de 1987), en *Instrumentos internacionales relativos a la prevención y la represión del terrorismo internacional*, publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.08.V.2 (Nueva York, 2008), pág. 186; Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, art. 6; Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (México, 18 de marzo de 1994), OEA, *Treaty Series*, núm. 79, art. 9; Convención Interamericana contra la Corrupción, art. 13, párr. 6; Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados (Washington, D.C., 14 de noviembre de 1997), art. 19, párr. 6; Liga de los Estados Árabes, Convención Árabe sobre la Represión del Terrorismo (El Cairo, 22 de abril de 1998), en *Instrumentos internacionales relativos a la prevención y la represión del terrorismo internacional*, publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.08.V.2 (Nueva York, 2008), pág. 191; Consejo de Europa, Convenio Penal sobre la Corrupción, art. 27, párr. 5; Convención de la Organización de la Conferencia Islámica sobre la Lucha contra el Terrorismo Internacional (Uagadugú, 1 de julio de 1999), anexo a la resolución 59/26-P, art. 6; Consejo de Europa, Convenio sobre la Ciberdelincuencia (Budapest, 23 de noviembre de 2001), *European Treaty Series*, núm. 185, art. 24, párr. 6; Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, art. 15, párr. 6; Convenio del Consejo de Europa para la Prevención del Terrorismo (Varsovia, 16 de mayo de 2005), *Council of Europe Treaty Series*, núm. 196, art. 18; Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos (Varsovia, 16 de mayo de 2005), *Council of Europe Treaty Series*, núm. 197, art. 31, párr. 3; y Convención de la ASEAN sobre la Lucha contra el Terrorismo, art. XIII, párr. 1.

⁴¹⁰ Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, art. 7.

⁴¹¹ Examen de las convenciones multilaterales que pueden resultar pertinentes para la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema “La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)”, estudio de la Secretaría (A/CN.4/630), págs. 77 y 78.

⁴¹² Declaración del Presidente Gilbert Guillaume (delegado de Francia), Organización de Aviación Civil Internacional, *Comité Jurídico, 17º período de sesiones, Montreal, 9 de febrero a 11 de marzo*

4) En la causa relativa a *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, la Corte Internacional de Justicia analizó la fórmula de La Haya en el contexto del artículo 7 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984:

“90. Tal como se desprende de los trabajos preparatorios de la Convención, el artículo 7, párrafo 1, se basa en una disposición similar que figura en el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970. La obligación de someter el caso a las autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento (en adelante, la ‘obligación de juzgar’) se formuló a fin de permitir a esas autoridades decidir si corresponde o no iniciar el proceso, con lo cual se respeta la independencia de los sistemas judiciales de los Estados partes. Estos dos instrumentos ponen de relieve, además, que las autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a cualquier delito de carácter grave, de acuerdo con la legislación del Estado interesado (artículo 7, párrafo 2, de la Convención contra la Tortura y artículo 7 del Convenio de La Haya de 1970). En consecuencia, las autoridades competentes que intervengan siguen siendo responsables de decidir si corresponde iniciar un proceso, teniendo en cuenta las pruebas de que dispongan y las normas pertinentes de procedimiento penal.

91. La obligación de juzgar establecida en el artículo 7, párrafo 1, suele aplicarse en el contexto de la Convención contra la Tortura después de que el Estado haya cumplido las demás obligaciones establecidas en los artículos precedentes, que lo obligan a aprobar la legislación adecuada que le permita tipificar como delito la tortura, a establecer la jurisdicción universal en la materia de sus tribunales y a proceder a una investigación de los hechos. Esas obligaciones, en su conjunto, pueden considerarse elementos de un mismo mecanismo convencional que tiene por objeto evitar que los sospechosos puedan eludir las consecuencias de su responsabilidad penal, si se prueba...

[...]

94. La Corte aclara que el artículo 7, párrafo 1, exige al Estado interesado que someta el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, sin que importe la existencia de una solicitud previa de extradición del sospechoso. En consecuencia, el Estado está obligado a realizar una investigación preliminar (artículo 6, párrafo 2) en cuanto el sospechoso se halle en su territorio, en el entendimiento de que la obligación de someter el caso a las autoridades competentes, con arreglo al artículo 7, párrafo 1, puede dar lugar o no a que se inicie un procedimiento, según las pruebas con que se cuente relacionadas con los cargos que se imputen al sospechoso.

95. Sin embargo, si el Estado en cuyo territorio se halle el sospechoso ha recibido una solicitud de extradición en alguno de los casos previstos en las disposiciones de la Convención, puede eximirse de su obligación de juzgar accediendo a esa solicitud. Con arreglo a la Convención, la elección entre extradición o sometimiento a enjuiciamiento no quiere decir que las dos alternativas tengan el mismo peso porque, si bien la extradición es una opción que la Convención ofrece al Estado, el enjuiciamiento es una obligación internacional establecida por la Convención, y su incumplimiento es un acto ilícito que da lugar a la responsabilidad del Estado.

[...]

114. El artículo 7, párrafo 1, de la Convención no contiene ninguna indicación sobre los plazos para el cumplimiento de las obligaciones allí establecidas; está necesariamente implícito en el texto que se deben cumplir dentro de un plazo razonable, de manera compatible con el objetivo y propósito de la Convención.

115. La Corte considera que la obligación de juzgar impuesta al Estado en el artículo 7, párrafo 1, de la Convención, tiene por finalidad que se puedan cumplir el

de 1970, Actas y documentos relativos al tema del apoderamiento ilícito de aeronaves (Montreal, 1970), 30ª sesión (3 de marzo de 1970) (Doc. 8877-LC/161), párr. 15.

objetivo y propósito de la Convención, a saber ‘hacer más eficaz la lucha contra la tortura’ (Preámbulo de la Convención). Ese es el motivo por el que el proceso ha de iniciarse sin demora.

[...]

120. El propósito de esas disposiciones convencionales es impedir que los presuntos actos de tortura queden impunes, asegurando que sus autores no puedan refugiarse en ninguno de los Estados partes. El Estado en cuyo territorio se halle el sospechoso tiene ciertamente la opción de extraditarlo al país que lo haya solicitado, a condición de que sea un Estado que tenga algún tipo de competencia, con arreglo al artículo 5 de la Convención, para enjuiciarlo.⁴¹³

5) La Corte determinó también diversos factores que no podían justificar el incumplimiento de esas obligaciones: las dificultades financieras del Estado⁴¹⁴, la remisión del asunto a una organización regional⁴¹⁵, y las dificultades de aplicación en el marco del derecho interno del Estado⁴¹⁶.

6) La primera oración del proyecto de artículo 10 reconoce que la obligación que incumbe al Estado puede cumplirse extraditando o entregando al presunto infractor no solo a otro Estado, sino también a un tribunal penal internacional competente para enjuiciarlo. Esta tercera alternativa ha surgido con el establecimiento de la Corte Penal Internacional y otros tribunales penales internacionales⁴¹⁷. Aunque el término “extradición” a menudo se asocia con el envío de una persona a un Estado y el término “entrega” se utiliza en general para la remisión de una persona a un tribunal penal internacional competente, el proyecto de artículo 10 está redactado de manera que no se limite el uso de los términos en ese sentido. La terminología empleada en los ordenamientos penales nacionales y en las relaciones internacionales puede variar⁴¹⁸ y, por esa razón, la Comisión consideró que era preferible una formulación más general. Además, si bien el proyecto de artículo 10 podría condicionar la referencia a un tribunal penal internacional estableciendo que ha de ser un tribunal cuya jurisdicción haya reconocido el Estado que entrega a la persona⁴¹⁹, esa matización se consideró innecesaria.

7) La segunda oración del proyecto de artículo 10 dispone que, cuando un Estado someta el caso a efectos de enjuiciamiento, sus “autoridades tomarán la decisión de la misma manera que lo harían en el caso de cualquier otro delito de carácter grave de conformidad con el derecho de ese Estado”. La mayoría de los tratados que contienen la fórmula de La Haya incluyen una cláusula de ese tipo, cuyo propósito es contribuir a que se apliquen los procedimientos y criterios probatorios establecidos para los delitos graves.

8) La obligación del Estado de someter el asunto a las autoridades competentes puede entrar en conflicto con su facultad de conceder una amnistía, entendida como la adopción de medidas legales que tengan el efecto de impedir la posibilidad de enjuiciar por vía penal a ciertas personas (o categorías de personas) en relación con una conducta criminal específica presuntamente cometida antes de la aprobación de la amnistía, o de medidas

⁴¹³ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (véase la nota 380 *supra*), págs. 454 a 461, párrs. 90, 91, 94, 95, 114, 115 y 120.

⁴¹⁴ *Ibid.*, pág. 460, párr. 112.

⁴¹⁵ *Ibid.*

⁴¹⁶ *Ibid.*, párr. 113.

⁴¹⁷ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10)*, cap. VI, secc. C (informe final sobre el tema), párr. 35), págs. 167 y 168.

⁴¹⁸ Véase, por ejemplo, Unión Europea, decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. L 190, 18 de julio de 2002, pág. 1. El artículo 1 de la decisión marco dispone lo siguiente: “La orden de detención europea es una resolución judicial dictada por un Estado miembro con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro de una persona buscada para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad” (sin cursiva en el original).

⁴¹⁹ Véase la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 11, párr. 1.

legales que dejen sin efecto, con carácter retroactivo, la responsabilidad legal previamente establecida⁴²⁰. La amnistía concedida por un Estado en el que se han cometido crímenes puede fundamentarse en disposiciones recogidas en la Constitución, en leyes parlamentarias o en otras disposiciones legislativas, y puede ser fruto de un acuerdo de paz para poner fin a un conflicto armado. La amnistía puede ser de índole general o estar supeditada a determinadas condiciones, como el desarme de un grupo no estatal, la disposición del presunto infractor a reconocer públicamente los crímenes cometidos o la presentación por parte de este de disculpas a las víctimas o a sus familiares.

9) Con respecto al enjuiciamiento ante los tribunales penales internacionales, durante la negociación del Estatuto de Roma de 1998 de la Corte Penal Internacional se debatió la posibilidad de incluir una disposición sobre la amnistía, pero no se hizo. Tampoco se incorporó una disposición de ese tipo en los Estatutos del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y del Tribunal Penal Internacional para Rwanda. No obstante, en el contexto del primero se sostuvo que la amnistía aprobada en virtud del derecho nacional en relación con el delito de tortura “no tendría reconocimiento jurídico internacional”⁴²¹. Los instrumentos por los que se establecen el Tribunal Especial para Sierra Leona⁴²² y las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya⁴²³ señalan que las amnistías aprobadas con arreglo al derecho nacional no constituyen un obstáculo para el ejercicio de sus respectivas competencias. Además, esos tribunales reconocen que hay una “norma internacional en proceso de cristalización”⁴²⁴ o “consenso emergente”⁴²⁵ con respecto a la prohibición de las amnistías en relación con crímenes internacionales graves, en particular en lo referente a las amnistías totales o generales, que se basa en la obligación de investigar y enjuiciar esos crímenes y castigar a quienes los cometen.

10) En lo que se refiere al enjuiciamiento ante tribunales nacionales, tratados negociados recientemente que se ocupan de los crímenes en el derecho nacional no han prohibido de manera expresa las amnistías, ni siquiera los que se ocupan de crímenes graves. Por ejemplo, durante la negociación de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006 se planteó la posibilidad de incluir una disposición sobre la amnistía, pero no se hizo⁴²⁶. Sin embargo, tribunales y órganos regionales de derechos humanos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, han considerado que las amnistías son inadmisibles, o bien que excluyen la rendición de cuentas con arreglo a los tratados regionales de derechos humanos⁴²⁷. Los órganos de expertos creados en virtud de tratados han interpretado que sus

⁴²⁰ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Amnistías* (2009), HR/PUB/09/1, pág. 5.

⁴²¹ Véase *Prosecutor v. Furundžija* (nota 271 *supra*), párr. 155.

⁴²² Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, art. 10 (“La amnistía concedida a una persona respecto de la cual el Tribunal Especial tenga competencia en relación con uno de los crímenes a que se hace referencia en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto no constituirá un impedimento para el procesamiento”).

⁴²³ Acuerdo relativo al Establecimiento de Salas Especiales de los Tribunales de Camboya, art. 40 (“El Gobierno Real de Camboya no pedirá la amnistía ni el perdón para ninguna persona contra la cual pueda hacerse una instrucción o dictarse sentencia condenatoria por los crímenes a que se hace referencia en los artículos 3, 4, 5, 6, 7 y 8 de la presente Ley. El alcance de la amnistía o el perdón concedidos antes de la aprobación de la presente Ley es un asunto que habrán de dirimir las Salas Especiales”).

⁴²⁴ Véase *Prosecutor v. Kallon and Kamara*, causa núm. SCSL-2004-15-AR72(E) y SCSL-2004-16-AR72(E), 13 de marzo de 2004, párrs. 66 a 74 y 82 a 84.

⁴²⁵ Véase *Decision on Ieng Sary's Rule 89 Preliminary Objections (Ne Bis In Idem and Amnesty and Pardon)*, causa núm. 002/19-09-2007/ECCC/TC, sentencia de 3 de noviembre de 2011, Salas Especiales de los Tribunales de Camboya, Sala de Primera Instancia, párrs. 40 a 53.

⁴²⁶ Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (E/CN.4/2004/59), párrs. 73 a 80.

⁴²⁷ Véase, por ejemplo, *Barrios Altos vs. Perú*, sentencia de 14 de marzo de 2001, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 75, párrs. 41 a 44; *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C,

respectivos tratados impiden a los Estados partes aprobar leyes de amnistía, aplicarlas o no derogarlas⁴²⁸. Además, la posición de la Secretaría de las Naciones Unidas no es reconocer ni dejar pasar la concesión de amnistías en caso de genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o violaciones manifiestas de los derechos humanos en relación con acuerdos de paz respaldados por las Naciones Unidas⁴²⁹. Desde la entrada en vigor del Estatuto de Roma de 1998, varios Estados han aprobado legislación nacional que prohibía amnistías y medidas similares con respecto a los crímenes de lesa humanidad⁴³⁰.

núm. 154, párr. 114; *Zimbabwe Human Rights NGO Forum v. Zimbabwe*, comunicación núm. 245/02, decisión de 15 de mayo de 2006, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, párrs. 211 y 212. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha adoptado un enfoque más cauto al reconocer que “la tendencia creciente en el derecho internacional” es considerar inaceptables las amnistías por violaciones graves de los derechos humanos fundamentales, pues son incompatibles con la obligación de los Estados, unánimemente reconocida, de enjuiciar y castigar esos delitos. Véase *Marguš v. Croatia*, demanda núm. 4455/10, sentencia de 27 de mayo de 2014, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, párr. 139.

⁴²⁸ Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 20, párr. 15; Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 31, párr. 18; Comité de Derechos Humanos, *Hugo Rodríguez c. el Uruguay*, comunicación núm. 322/1988, dictamen aprobado el 19 de julio de 1994, párr. 12.4. El Comité contra la Tortura ha sostenido que las amnistías respecto del delito de tortura son incompatibles con las obligaciones que incumben a los Estados partes en virtud de la Convención contra la Tortura. Véase, por ejemplo, observación general núm. 3 (2012) sobre la aplicación del artículo 14, en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/68/44)*, anexo X, párr. 41. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer también ha recomendado que los Estados partes se aseguren de que los aspectos sustantivos de los mecanismos de justicia de transición garanticen el acceso de las mujeres a la justicia, entre otras cosas, a través del rechazo de amnistías en relación con las violaciones por razón de género. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 30 (2013) sobre las mujeres en la prevención de conflictos y en situaciones de conflicto y posteriores a conflictos, *ibid.*, *sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 38 (A/69/38)*, cap. VII, párr. 44, y *CEDAW/C/GC/30*, párr. 81 b).

⁴²⁹ Véase, por ejemplo, Informe del Secretario General sobre el estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos (23 de agosto de 2004), documento *S/2004/616*, párrs. 10, 32 y 64 c). Esa práctica se puso de manifiesto por primera vez cuando el Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas añadió una declaración al Acuerdo de Paz entre el Gobierno de Sierra Leona y el Frente Revolucionario Unido de Sierra Leona de 1999 para indicar que “las disposiciones sobre la amnistía que figuraban en el artículo IX del Acuerdo (‘perdón absoluto e incondicional’) no se aplicarían a los crímenes de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario”. Informe del Secretario General sobre el establecimiento de un tribunal especial para Sierra Leona, documento *S/2000/915*, párr. 23. Para conocer más opiniones, véase Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Amnistías* (2009), HR/PUB/09/1, pág. 11 (“De conformidad con diversas fuentes de derecho internacional y la política de las Naciones Unidas, las amnistías son impermisibles si: a) impiden el enjuiciamiento de personas que pueden resultar penalmente responsables de crímenes de guerra, genocidio, crímenes de lesa humanidad o violaciones graves de derechos humanos, incluidos los delitos que afecten concretamente a la mujer y la violencia de género; b) interfieren con el derecho de las víctimas a un recurso efectivo, incluida la reparación, o c) limitan el derecho de las víctimas y las sociedades a conocer la verdad acerca de las violaciones de derechos humanos y del derecho humanitario. Además, las amnistías que procuren restaurar los derechos humanos deben estar formuladas con miras a velar por no limitar los derechos restaurados ni perpetuar en algún sentido las violaciones iniciales.”); informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, documento *A/56/156*, párr. 33.

⁴³⁰ Véanse, por ejemplo, Argentina, Ley 27156, 31 de julio de 2015, art. 1; Burkina Faso, Loi 052/2009 portant détermination des compétences et de la procédure de mise en œuvre du Statut de Rome relatif à la Cour pénale internationale par les juridictions burkinabé, art. 14; Burundi, Loi n°1/05 du 22 avril 2009, Code pénal du Burundi, art. 171; República Centroafricana, Loi No. 08-020 portant amnistie générale à l’endroit des personnalités, des militaires, des éléments et responsables civils des groupes rebelles, 13 de octubre de 2008, art. 2; Colombia, Acuerdo de Paz, 24 de noviembre de 2016, art. 40; Comoras, Loi 011-022 du 13 décembre 2011, portant de Mise en œuvre du Statut de Rome, art. 14; República Democrática del Congo, Loi n°014/006 du 11 février 2014 portant amnistie pour faits

11) Respecto del presente proyecto de artículos, cabe señalar que la amnistía aprobada por un Estado no impediría el enjuiciamiento por otro Estado con competencia concurrente para conocer del delito⁴³¹. En el Estado que ha concedido la amnistía, su validez tendría que analizarse, entre otras cosas, a la luz de las obligaciones que le incumben en virtud del presente proyecto de artículos en relación con la tipificación de los crímenes de lesa humanidad, a fin de cumplir con la obligación de extraditar o juzgar y con las obligaciones relacionadas con las víctimas y otras personas.

Artículo 11

Trato justo del presunto infractor

1. Toda persona respecto de la cual se adopten medidas en relación con uno de los delitos comprendidos en el presente proyecto de artículos tendrá garantizados en todas las etapas del procedimiento un trato justo, incluido un juicio imparcial, y la plena protección de sus derechos de conformidad con las disposiciones aplicables del derecho nacional e internacional, incluido el derecho de los derechos humanos.

2. Toda persona que esté en prisión, detenida o reclusa en un Estado que no sea el de su nacionalidad tendrá derecho a:

a) comunicarse sin demora con el representante competente más próximo del Estado o los Estados de que sea nacional o al que compete por otras razones la protección de sus derechos o, si dicha persona es apátrida, del Estado que, a solicitud de esa persona, esté dispuesto a proteger sus derechos;

b) recibir la visita de un representante de ese Estado o esos Estados; y

c) ser informado sin demora de los derechos que la asisten de conformidad con el presente párrafo.

3. Los derechos mencionados en el párrafo 2 se ejercerán de conformidad con las leyes y normativas del Estado en el territorio bajo cuya jurisdicción se encuentre la persona, en el entendido de que dichas leyes y normativas han de permitir que tenga pleno efecto el propósito de los derechos reconocidos en el párrafo 2.

Comentario

1) El proyecto de artículo 11 se centra en la obligación del Estado de dispensar un trato justo, incluido un juicio imparcial, y la plena protección de sus derechos, a todo presunto infractor que se encuentre en un territorio bajo su jurisdicción. Además, el proyecto de artículo 11 reconoce el derecho del presunto infractor que no sea de la nacionalidad del Estado, pero esté en prisión, detenido o recluso, a tener acceso a un representante de su Estado.

2) Todos los Estados prevén en su derecho interno salvaguardias de un grado u otro que amparan a quienes investigan, privan de libertad, juzgan o castigan por la comisión de un delito. Esas salvaguardias pueden especificarse en la constitución, una ley, una disposición administrativa o un precedente judicial. Además, pueden codificarse normas detalladas o establecerse criterios generales sobre los principios de “trato justo”, “debidas garantías procesales”, “garantías judiciales” o “igualdad de protección”. Esas salvaguardias son sumamente importantes para que el extraordinario peso del sistema de justicia penal del Estado no caiga indebidamente sobre un sospechoso y, entre otras cosas, se preserve el derecho de esa persona a defenderse con todos los medios de las acusaciones del Estado ante un tribunal independiente (haciendo posible, pues, la “igualdad de medios”).

insurrectionnels, faits de guerre et infractions politiques, art. 4; Panamá, Código Penal de Panamá, art. 115, para. 3; Uruguay, Ley núm. 18026, 4 de octubre de 2006, art. 8.

⁴³¹ Véase, por ejemplo, *Ould Dah v. France*, demanda núm. 13113/03, decisión sobre la admisibilidad de 17 de marzo de 2009, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Quinta Sección, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2009, párr. 49.

3) Actualmente, las salvaguardias importantes también se reconocen con claridad en el derecho penal internacional y el derecho de los derechos humanos. Al más general de los niveles, esas salvaguardias se reconocen en los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948⁴³², mientras que en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 se recogen normas más específicas vinculantes para los Estados. En general, los instrumentos que establecen normas destinadas a un tribunal o corte internacional tratan de precisar las normas enunciadas en el artículo 14 del Pacto, mientras que los tratados que tienen por objeto la legislación nacional enuncian una norma amplia cuya finalidad es que se reconozcan e incorporen las normas específicas del artículo 14 y de otros instrumentos pertinentes “en todas las etapas” del procedimiento nacional relacionadas con el presunto infractor⁴³³.

4) Esos tratados que tienen por objeto la legislación nacional no definen qué ha de entenderse por “trato justo”, pero se considera que dicha expresión incorpora los derechos concretos que corresponden al presunto infractor, como los previstos en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Así, al elaborar el artículo 8 del proyecto de artículos sobre los delitos contra los agentes diplomáticos, la Comisión afirmó que la expresión “trato imparcial en todas las fases del procedimiento” tenía por objeto “incorporar todas las garantías que se reconocen generalmente al detenido o acusado” y que “[c]omo ejemplo de tales garantías puede citarse el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”⁴³⁴. Además, la Comisión observó que “[l]a expresión ‘trato imparcial’ se prefirió, debido a su generalidad, a las expresiones más corrientes de ‘las debidas garantías procesales’, ‘enjuiciamiento imparcial’, ‘juicio imparcial’, que podrían interpretarse en un sentido técnico estricto”⁴³⁵. Por último, la Comisión también explicó que la expresión “en todas las fases del procedimiento” tenía por objeto “salvaguardar los derechos del presunto culpable desde el momento en que es encontrado y se adoptan medidas para asegurar su presencia hasta que se adopta una decisión final en el asunto”⁴³⁶.

5) Aunque la expresión “trato justo” incluye el concepto de “juicio imparcial”, en muchos tratados se hace referencia expresa a ese juicio imparcial para destacar su importancia particular. El Comité de Derechos Humanos ha entendido, de hecho, que el derecho a un juicio imparcial es un “elemento fundamental de la protección de los derechos humanos” y un “medio procesal para salvaguardar el imperio de la ley”⁴³⁷. Por

⁴³² Declaración Universal de Derechos Humanos, resolución 217 A (III) de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1948, arts. 10 y 11.

⁴³³ Véanse, por ejemplo, Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, art. 9; Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, art. 8, párr. 2; Convención contra la Tortura, art. 7, párr. 3; Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima (Roma, 10 de marzo de 1988), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1678, núm. 29004, pág. 201, art. 10, párr. 2; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 40, párr. 2 b); Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios (Nueva York, 4 de diciembre de 1989), *ibid.*, vol. 2163, núm. 37789, pág. 75, art. 11; Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, art. 14; Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado (La Haya, 26 de marzo de 1999), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2253, núm. 3511, art. 17, párr. 2; Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, art. 17; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 16, párr. 13; Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 44, párr. 14; Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear, art. 12 (Nueva York, 13 de abril de 2005), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2445, núm. 44004, pág. 89; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 11, párr. 3; Convención de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental sobre la Lucha contra el Terrorismo, art. 8, párr. 1.

⁴³⁴ *Anuario...*, 1972, vol. II, documento A/8710/Rev.1, cap. III, secc. B (Proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los delitos contra los agentes diplomáticos y otras personas internacionalmente protegidas), comentario al art. 8, pág. 350.

⁴³⁵ *Ibid.*

⁴³⁶ *Ibid.*

⁴³⁷ Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 32 (2007) sobre el artículo 14 (El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia), párrs. 2 y 18 a 28,

consiguiente, el párrafo 1 del proyecto de artículo 11 hace referencia a un trato justo, “incluido un juicio imparcial”.

6) Además de un trato justo, el presunto infractor tiene derecho a la máxima protección de sus derechos, ya surjan de las disposiciones aplicables del derecho nacional o del derecho internacional, incluido el derecho de los derechos humanos. Esos derechos se recogen en las constituciones, las leyes o en otras disposiciones de los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados. En el plano internacional, se establecen en los tratados universales de derechos humanos, en los tratados regionales de derechos humanos⁴³⁸ o en otros instrumentos aplicables⁴³⁹. Por ello, el párrafo 1 del proyecto de artículo 11 también reconoce que el Estado ha de garantizar la plena protección de los derechos del infractor “de conformidad con las disposiciones aplicables del derecho nacional e internacional, incluido el derecho de los derechos humanos”.

7) El párrafo 2 del proyecto de artículo 11 se refiere a las obligaciones del Estado respecto de un presunto infractor que “esté en prisión, deteni[d]o o reclud[o]” en un Estado que no sea el de su nacionalidad. Se debe entender que esa expresión abarca todas las situaciones en que el Estado restringe la capacidad de la persona de comunicarse libremente con un representante del Estado de que sea nacional y recibir su visita. En tales circunstancias, el Estado en el territorio bajo cuya jurisdicción se encuentre el presunto infractor le debe permitir comunicarse sin demora con el representante competente más próximo del Estado o los Estados de que sea nacional o al que competa por otras razones la protección de sus derechos. El presunto infractor también tiene derecho a recibir la visita de un representante de ese Estado o esos Estados. Por último, tiene derecho a ser informado sin demora de esos derechos. Además, el párrafo 2 hace extensivos esos derechos a los apátridas, al establecer su derecho a comunicarse sin demora con el representante competente más próximo del Estado que, a solicitud de esas personas, esté dispuesto a proteger sus derechos, y a recibir la visita de ese representante.

8) Esos derechos se explican con mayor detalle en el artículo 36, párrafo 1, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 1963⁴⁴⁰, que reconoce derechos tanto a la persona detenida como al Estado de que sea nacional⁴⁴¹, y en el derecho internacional consuetudinario. Los tratados recientes que se ocupan de delitos no tratan, en general, de entrar en esos detalles, sino que, al igual que el párrafo 2 del proyecto de artículo 11, se limitan a reiterar que el presunto infractor tiene derecho a comunicarse con un representante del Estado de que sea nacional y a recibir su visita (o, en el caso de una persona apátrida, del Estado en que resida habitualmente o que esté dispuesto a proteger sus derechos)⁴⁴².

Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 40 (A/62/40), anexo VI.

⁴³⁸ Véanse, por ejemplo, Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8; Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 7; Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 6.

⁴³⁹ Véanse, por ejemplo, Declaración Universal de Derechos Humanos; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 2 de mayo de 1948), adoptada por la IX Conferencia Internacional de Estados Americanos; Declaración de El Cairo sobre los Derechos Humanos en el Islam, resolución núm. 49/19-P de la Organización de Cooperación Islámica, anexo; Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, adoptada en Niza el 7 de diciembre de 2000, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. C 364, de 18 de diciembre de 2000, pág. 1.

⁴⁴⁰ Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Viena, 24 de abril de 1963), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 596, núm. 8638, pág. 261, art. 36, párr. 1.

⁴⁴¹ *LaGrand (Germany v. United States of America)*, fallo, *I.C.J. Reports 2001*, págs. 466 y ss., en especial pág. 492, párr. 74 (“El párrafo 1 del artículo 36 establece un régimen interrelacionado destinado a facilitar la puesta en práctica del sistema de la protección consular”), y pág. 494, párr. 77 (“Sobre la base del texto de las disposiciones del párrafo 1 del artículo 36, la Corte considera que dichas disposiciones generan derechos individuales”).

⁴⁴² Véanse, por ejemplo, Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, art. 6; Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, art. 6, párr. 3; Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, art. 6, párr. 2; Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, art. 6, párr. 3; Convención contra la Tortura, art. 6, párr. 3; Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, art. 17, párr. 2; Convenio

9) El párrafo 3 del proyecto de artículo 11 dispone que los derechos mencionados en el párrafo 2 se ejercerán de conformidad con las leyes y normativas del Estado en el territorio bajo cuya jurisdicción se encuentre la persona, siempre que dichas leyes y normativas no impidan que tenga pleno efecto el propósito de esos derechos. Esas leyes y normativas nacionales pueden referirse, por ejemplo, a la competencia de un juez de instrucción para imponer restricciones a la comunicación con objeto de proteger a las víctimas o los testigos, así como condiciones generales respecto de las visitas a una persona que se encuentre en un centro de reclusión. Existe una disposición similar en el artículo 36, párrafo 2, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963⁴⁴³ y también se han incluido en muchos tratados que se ocupan de delitos⁴⁴⁴. La Comisión explicó la disposición en su comentario a lo que se convirtió en la Convención de Viena de 1963 de la manera siguiente:

“5) Todos los derechos que se mencionan deben ejercerse de conformidad con las leyes y reglamentos del Estado de residencia. Así, pues, las visitas a las personas detenidas o encarceladas se permitirán de conformidad con las disposiciones de los códigos de procedimiento penal y de los reglamentos sobre régimen penitenciario. Por lo común, los códigos de procedimiento penal subordinan la visita a un detenido contra el cual se ha instruido un procedimiento o juicio criminal a la autorización del juez de instrucción, quien decidirá según las necesidades de la instrucción. En el caso citado, el funcionario consular debe solicitar la autorización del juez de instrucción. Si se trata de una persona que cumple una pena de prisión, el reglamento penitenciario en el que se determinan las visitas que pueden hacerse a los detenidos también se aplica a las visitas que el funcionario consular quiera hacer al nacional del Estado que envía que se halle en esa situación.

[...]

7) El que los derechos enunciados en este artículo deban ejercerse con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado de residencia, no significa que tales leyes y reglamentos puedan hacer ilusorios tales derechos.”⁴⁴⁵

10) En la causa relativa a *LaGrand*, la Corte Internacional de Justicia determinó que la referencia a los “derechos” que figura en el artículo 36, párrafo 2, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 “ha de entenderse no solo respecto de los derechos del Estado que entrega a la persona, sino también de los derechos de la persona recluida”⁴⁴⁶.

Artículo 12

Víctimas, testigos y otras personas

1. Cada Estado tomará las medidas necesarias para que:

a) toda persona que alegue que se han cometido o se están cometiendo actos que constituyen crímenes de lesa humanidad tenga derecho a denunciar los hechos ante las autoridades competentes; y

Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, art. 7, párr. 3; Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, art. 9, párr. 3; Convención de la OUA sobre la Prevención y la Lucha contra el Terrorismo, art. 7, párr. 3; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 10, párr. 3; Convención de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental sobre la Lucha contra el Terrorismo, art. VIII, párr. 4.

⁴⁴³ Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, art. 36, párr. 2.

⁴⁴⁴ Véanse, por ejemplo, Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, art. 4; Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, art. 7, párr. 4; Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, art. 9, párr. 4; Convención de la OUA sobre la Prevención y la Lucha contra el Terrorismo, art. 7, párr. 4; Convención de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental sobre la Lucha contra el Terrorismo, art. VIII, párr. 5.

⁴⁴⁵ *Anuario...*, 1961, vol. II, documento A/4843, proyecto de artículos sobre relaciones consulares y comentarios, comentario al artículo 36, párrs. 5) y 7).

⁴⁴⁶ *LaGrand* (véase la nota 441 *supra*), pág. 497, párr. 89.

b) se proteja a los denunciantes, las víctimas, los testigos y sus familiares y representantes, así como a otras personas que participen en cualquier investigación, enjuiciamiento, extradición u otro procedimiento dentro del alcance del presente proyecto de artículos, contra malos tratos o intimidación como consecuencia de cualquier denuncia, información, testimonio u otra prueba que presenten. Las medidas de protección no menoscabarán los derechos del presunto infractor mencionados en el proyecto de artículo 11.

2. Todo Estado permitirá, de conformidad con su derecho nacional, que se presenten y consideren las opiniones y preocupaciones de las víctimas de un crimen de lesa humanidad en las etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los presuntos infractores sin que ello menoscabe los derechos mencionados en el proyecto de artículo 11.

3. Todo Estado adoptará las medidas necesarias para asegurar que, en su ordenamiento jurídico, las víctimas de un crimen de lesa humanidad tengan derecho a obtener reparación por los daños materiales y morales, de manera individual o colectiva, en una o varias de las siguientes formas, según corresponda: restitución; indemnización; satisfacción; rehabilitación; cese y garantías de no repetición.

Comentario

1) El proyecto de artículo 12 aborda la cuestión de los derechos de las víctimas, los testigos y otras personas afectadas por la comisión de un crimen de lesa humanidad.

2) Muchos tratados anteriores al decenio de 1980 que se ocupan de crímenes tipificados en el derecho interno no prevén disposiciones con respecto a las víctimas o los testigos⁴⁴⁷ e, incluso posteriormente a esa fecha, la mayoría de los tratados universales en materia de terrorismo no abordan los derechos de las víctimas y los testigos⁴⁴⁸. No obstante, a partir de ese decenio, muchos tratados relativos a crímenes han establecido disposiciones similares a las que figuran en el proyecto de artículo 12⁴⁴⁹, incluidos los tratados que se ocupan de actos que pueden constituir crímenes de lesa humanidad en determinadas circunstancias, como la tortura y las desapariciones forzadas⁴⁵⁰. Algunos de los estatutos de cortes y tribunales internacionales que tienen competencia sobre los delitos de lesa humanidad, en particular el Estatuto de Roma de 1998 de la Corte Penal Internacional⁴⁵¹,

⁴⁴⁷ Véanse, por ejemplo, Convención contra el Genocidio; Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 860, núm. 12325 (La Haya, 16 de diciembre de 1970), pág. 105; Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1015, núm. 14861 (Nueva York, 30 de noviembre de 1973), pág. 243; Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos (Nueva York, 14 de diciembre de 1973), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1035, núm. 15410, pág. 167; Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1316, núm. 21931, pág. 205 (Nueva York, 17 de diciembre de 1979).

⁴⁴⁸ Véanse, por ejemplo, Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas (Nueva York, 15 de diciembre de 1997), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2149, núm. 37517, pág. 256; Convención de la Organización de la Unidad Africana (OUA) sobre la Prevención y la Lucha contra el Terrorismo (Argel, 14 de julio de 1999), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2219, núm. 39464, pág. 179; Convenio Internacional para la Supresión de los Actos de Terrorismo Nuclear; Convención de la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental (ASEAN) para la Prevención contra el Terrorismo.

⁴⁴⁹ Véanse, por ejemplo, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, arts. 24 y 25; Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, arts. 32 y 33.

⁴⁵⁰ Véanse, por ejemplo, Convención contra la Tortura, arts. 13 y 14; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, arts. 12 y 24.

⁴⁵¹ Véanse, por ejemplo, Estatuto de Roma, art. 68; Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, en *Documentos Oficiales de la Asamblea de los Estados Partes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, primer período de sesiones*, Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002 (ICC-ASP/1/3 y Corr.1), cap. 4, sección III.1, regla 86 (en adelante, "Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional"). En relación con otros tribunales, véanse Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, art. 22; Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, art. 21; Acuerdo relativo al Establecimiento de las Salas Especiales de los Tribunales de

han abordado los derechos de las víctimas y los testigos, y la Asamblea General de las Naciones Unidas ha proporcionado orientación a los Estados con respecto a los derechos de las víctimas de delitos, incluidas las víctimas de crímenes de lesa humanidad⁴⁵².

3) La mayoría de los tratados que se ocupan de los derechos de las víctimas en el marco del derecho interno no definen el término “víctimas”⁴⁵³, sino que permiten que los Estados apliquen su legislación y práctica al respecto⁴⁵⁴. Al mismo tiempo, la práctica relacionada con esos tratados y en el marco del derecho internacional consuetudinario ofrece orientación sobre la manera en que puede interpretarse el término. Por ejemplo, si bien la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984 no define qué se entiende en el artículo 14 por “víctima”, el Comité contra la Tortura ha proporcionado directrices detalladas sobre su significado⁴⁵⁵. En el plano regional, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 establece que las demandas podrán ser presentadas por “cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares” que se considere “víctima” de una violación del Convenio⁴⁵⁶. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha determinado que el daño sufrido por esas “víctimas” puede ser tanto directo como indirecto⁴⁵⁷, y que los familiares de la víctima de una violación grave de los derechos humanos pueden ser ellos mismos “víctimas”⁴⁵⁸. Aunque las garantías establecidas en la

Camboya, art. 33; Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, art. 16; Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano, art. 12.

⁴⁵² Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, resolución 40/34 de la Asamblea General, de 29 de noviembre de 1985, anexo; Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, resolución 60/147 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 2005, anexo.

⁴⁵³ Entre las excepciones cabe citar: Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 24, párr. 1 (“A los efectos de la presente Convención, se entenderá por ‘víctima’ la persona desaparecida y toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada.”); Convención sobre Municiones en Racimo (Dublín, 1 de agosto de 2010), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2688, núm. 47713, pág. 39, art. 2, párr. 1 (“Por ‘víctimas de municiones en racimo’ se entiende todas las personas que han perdido la vida o han sufrido un daño físico o psicológico, una pérdida económica, marginación social o un daño substancial en la realización de sus derechos debido al empleo de municiones en racimo. La definición incluye a aquellas personas directamente afectadas por las municiones en racimo, así como a los familiares y comunidades perjudicados”).

⁴⁵⁴ Véase, por ejemplo, Ley General de Víctimas de México, *Diario Oficial de la Federación de 9 de enero de 2013*, que contiene disposiciones detalladas sobre los derechos de las víctimas, pero no establece restricciones sobre quién pueden alegar ser una víctima.

⁴⁵⁵ Comité contra la Tortura, observación general núm. 3, párr. 3 (“Se entenderá por víctima toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales como consecuencia de actos u omisiones que constituyan una violación de la Convención. Una persona será considerada víctima con independencia de que el autor de la violación haya sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado y de la relación de familia o de otra índole que exista entre el autor y la víctima. El término ‘víctima’ también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima así como las personas que hayan sufrido daños al intervenir para socorrer a una víctima o para impedir su victimización”).

⁴⁵⁶ Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 34.

⁴⁵⁷ Véase, por ejemplo, *Vallianatos and Others v. Greece*, demandas núms. 29381/09 y 32684/09, sentencia de 7 de noviembre de 2013, Gran Sala, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2013 (fragmentos), párr. 47.

⁴⁵⁸ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha destacado que el hecho de que un familiar pueda tener la condición de víctima depende de que haya factores especiales que den al sufrimiento del demandante una dimensión y carácter diferentes de la angustia emocional que pueda considerarse inevitablemente causada a los familiares de la víctima de una violación grave de los derechos humanos. Entre los elementos pertinentes se encuentran la proximidad del vínculo familiar y la manera en que las autoridades respondieron a las peticiones de información del pariente. Véase, por ejemplo, *Çakici v. Turkey*, demanda núm. 23657/94, sentencia de 8 de julio de 1999, Gran Sala, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 1999-IV, párr. 98;

Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 se limitan a las personas naturales⁴⁵⁹, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha reconocido tanto a las víctimas directas como a las indirectas, incluidos los familiares⁴⁶⁰, así como a los grupos de víctimas⁴⁶¹. En esos tratados, el término “víctima” no se interpreta de manera restrictiva ni discriminatoria.

4) Asimismo, si bien los estatutos de los tribunales penales internacionales no definen el término “víctima”, puede haber orientaciones en los reglamentos o la jurisprudencia de los tribunales. Así, la regla 85 a) de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional define “víctimas” como “las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte”⁴⁶², lo que se entiende que incluye a las víctimas tanto directas como indirectas⁴⁶³, mientras que la regla 85 b) hace extensiva la definición a las personas jurídicas, siempre que hayan sufrido daños directos⁴⁶⁴.

Elberte v. Latvia, demanda núm. 61243/08, sentencia de 13 de enero de 2015, Sección Cuarta, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2015, párr. 137.

⁴⁵⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1.

⁴⁶⁰ Véase, por ejemplo, “Niños de la calle” (*Villagrán Morales y otros*) Vs. Guatemala, sentencia de 19 de noviembre de 1999 (fondo), Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 63, párrs. 174 a 177 y 238; *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2000 (fondo), Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 70, párrs. 159 a 166.

⁴⁶¹ Véase, por ejemplo, *Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, sentencia de 17 de junio de 2005 (fondo, reparaciones y costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 125, párr. 176.

⁴⁶² Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, regla 85 a). La Corte ha señalado que la regla 85 a) “establece cuatro criterios que han de cumplirse para tener la condición de víctima: la víctima debe ser una persona física; debe haber sufrido algún daño; el crimen que produjo el daño debe ser de competencia de la Corte; y debe existir un vínculo causal entre el crimen y el daño sufrido”. Véase *Situation in the Democratic Republic of Congo*, causa núm. ICC-01/04, versión pública editada de la decisión relativa a las solicitudes de participación en los procesos de VPRS1, VPRS2, VPRS3, VPRS4, VPRS5 y VPRS6, 17 de enero de 2006, Sala de Cuestiones Preliminares I, Corte Penal Internacional, párr. 79. Además, a los efectos de la regla 85 a), el daño sufrido por la víctima ha de ser “personal”, aunque no necesariamente “directo”. Véase *Situation in the Democratic Republic of Congo in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, causa núm. ICC-01/04-01/06 OA 9 OA 10, *Judgment on the appeals of the Prosecutor and the Defence against Trial Chamber I’s Decision on Victims’ Participation of 18 January 2008*, 11 de julio de 2008, Sala de Apelaciones, Corte Penal Internacional, párrs. 32 a 39.

⁴⁶³ Véase *Situation in the Democratic Republic of Congo in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, causa núm. ICC-01/04-01/06, versión editada de la decisión sobre las víctimas indirectas, 8 de abril de 2009, Sala de Primera Instancia I, Corte Penal Internacional, párrs. 44 a 52.

⁴⁶⁴ Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, regla 85 b) (“Por víctimas se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios”). Los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, Asamblea General de 2005, disponen lo siguiente: “A los efectos del presente documento, se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término ‘víctima’ también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización.”). Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, párr. 8. Para consultar una definición similar, véase Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, párrs. 1 y 2.

5) El párrafo 1 del proyecto de artículo 12 establece que todo Estado tomará las medidas necesarias para que toda persona que alegue que se han cometido o se están cometiendo actos que constituyen crímenes de lesa humanidad tenga derecho a denunciar los hechos ante las autoridades competentes, y obliga además a los Estados a proteger contra los malos tratos y la intimidación a las personas que denuncien o participen de algún otro modo en las actuaciones dentro del alcance del proyecto de artículos. Otros tratados internacionales contienen una disposición similar, como la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984⁴⁶⁵ y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006⁴⁶⁶.

6) El apartado a) del párrafo 1 hace extensivo el derecho a denunciar a “toda persona” que alegue que se han cometido o se están cometiendo actos que constituyen crímenes de lesa humanidad. La expresión “toda persona” incluye, entre otros, a las víctimas o los testigos de un crimen de lesa humanidad y puede incluir a personas jurídicas, como órganos religiosos u organizaciones no gubernamentales.

7) Esas personas tienen derecho a denunciar los hechos ante las “autoridades competentes”, lo que, en aras de la eficacia, en algunas circunstancias puede requerir que sean autoridades judiciales. Tras la presentación de una denuncia, las autoridades del Estado tienen el deber de proceder a una investigación pronta e imparcial siempre que haya motivos razonables para creer que se han cometido o se están cometiendo actos que constituyen crímenes de lesa humanidad en cualquier territorio bajo la jurisdicción del Estado, de conformidad con el proyecto de artículo 8.

8) El apartado b) del párrafo 1 obliga a los Estados a proteger a los “denunciantes”, así como a las demás categorías de personas enumeradas aunque no hubieran presentado una denuncia; esas otras categorías incluyen a “las víctimas, los testigos y sus familiares y representantes, así como a otras personas que participen en cualquier investigación, enjuiciamiento, extradición u otro procedimiento dentro del alcance del presente proyecto de artículos”. Se ha ampliado de manera análoga la categoría de personas a quienes se ha de ofrecer protección en tratados internacionales recientes, como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000⁴⁶⁷, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003⁴⁶⁸ y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006⁴⁶⁹. Las medidas de protección dirigidas a esas personas no solo se requieren en el marco de los tratados que se ocupan de delitos tipificados en la legislación nacional, sino también en los estatutos de los tribunales penales internacionales⁴⁷⁰.

9) El apartado b) del párrafo 1 requiere que se proteja a las personas que en él se mencionan contra “malos tratos o intimidación” como consecuencia de cualquier denuncia, información, testimonio u otra prueba que presenten. La expresión “malos tratos” no solo se refiere al bienestar físico, sino que también incluye el bienestar psicológico, la dignidad y la vida privada de la persona⁴⁷¹.

10) En el apartado b) no figura una lista de las medidas de protección que habrán de tomar los Estados, pues estas variarán inevitablemente en función de las circunstancias de cada caso, la capacidad del Estado de que se trate y las preferencias de las personas interesadas. No obstante, entre esas medidas podrían figurar las siguientes: la presentación

⁴⁶⁵ Convención contra la Tortura, art. 13.

⁴⁶⁶ Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 12.

⁴⁶⁷ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 24, párr. 1.

⁴⁶⁸ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 32, párr. 1.

⁴⁶⁹ Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 12, párr. 1.

⁴⁷⁰ Véanse, por ejemplo, Estatuto de Roma, art. 68, párr. 1; Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, art. 22; Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, art. 21; Acuerdo relativo al Establecimiento de las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya, art. 33; Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, art. 16; Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano, art. 12.

⁴⁷¹ Véase, por ejemplo, Estatuto de Roma, art. 68, párr. 1.

de pruebas por medios electrónicos u otros medios especiales en lugar de en persona⁴⁷²; medidas destinadas a proteger la vida privada y la identidad de los testigos y las víctimas⁴⁷³; la celebración de actuaciones a puerta cerrada⁴⁷⁴; la no presentación de pruebas o información cuando su divulgación pueda entrañar un peligro grave para la seguridad de un testigo o de su familia⁴⁷⁵; y la reubicación de las víctimas y los testigos⁴⁷⁶.

11) Al mismo tiempo, los Estados han de tener en cuenta que algunas medidas de protección pueden tener consecuencias respecto de los derechos del presunto infractor, como el derecho a llevar a cabo un careo con los testigos. Por ello, el apartado b) del párrafo 1 establece que las medidas de protección no menoscabarán los derechos del presunto infractor mencionados en el proyecto de artículo 11⁴⁷⁷.

12) El párrafo 2 del proyecto de artículo 12 establece que todo Estado permitirá, de conformidad con su derecho nacional, que se presenten y consideren las opiniones y preocupaciones de las víctimas de un crimen de lesa humanidad en las etapas apropiadas de las actuaciones penales. Aunque expresa una obligación firme, la cláusula “de conformidad con su derecho nacional” da flexibilidad al Estado en cuanto al cumplimiento de dicha obligación, pues le permite adaptarla a las características específicas de su ordenamiento penal. Aunque solo se refiere a las “víctimas”, también puede ser apropiado que los Estados permitan que otras personas (como los familiares o los representantes) aporten sus opiniones y preocupaciones, en especial cuando la víctima de un crimen de lesa humanidad haya muerto o desaparecido. El párrafo 2 se entenderá sin perjuicio de otras obligaciones que incumban a los Estados en virtud del derecho internacional.

13) Se pueden encontrar ejemplos de disposiciones como la del párrafo 2 en diversos tratados, tales como el Estatuto de Roma de 1998 de la Corte Penal Internacional⁴⁷⁸; el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, de 2000⁴⁷⁹; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000⁴⁸⁰; el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000⁴⁸¹; y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003⁴⁸².

14) El párrafo 3 del proyecto de artículo 12 se refiere al derecho de la víctima de un crimen de lesa humanidad a obtener una reparación. La cláusula inicial —“Todo Estado adoptará las medidas necesarias para asegurar que, en su ordenamiento jurídico,”— obliga

⁴⁷² Véanse, por ejemplo, Estatuto de Roma, art. 68, párr. 2; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 24, párr. 2 b); Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 32, párr. 2 b).

⁴⁷³ Véanse, por ejemplo, Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, art. 8, párr. 1 e); Acuerdo relativo al Establecimiento de las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya, art. 33.

⁴⁷⁴ Véanse, por ejemplo, Estatuto de Roma, art. 68, párr. 2; Acuerdo relativo al Establecimiento de las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya, art. 33.

⁴⁷⁵ Véase, por ejemplo, Estatuto de Roma, art. 68, párr. 5.

⁴⁷⁶ Véase, por ejemplo, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 24, párr. 2 a); Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 32, párr. 2 a).

⁴⁷⁷ Otros tratados internacionales pertinentes establecen una protección similar, como el Estatuto de Roma, art. 68, párr. 1; el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, art. 8, párr. 6; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 24, párr. 2; y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 32, párr. 2.

⁴⁷⁸ Estatuto de Roma, art. 68, párr. 3.

⁴⁷⁹ Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, art. 8.

⁴⁸⁰ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 25, párr. 3.

⁴⁸¹ Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 6, párr. 2.

⁴⁸² Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 32, párr. 5.

a los Estados a tener o aprobar las leyes, normativas, procedimientos o mecanismos necesarios para que las víctimas puedan presentar denuncias y obtener una reparación por el daño sufrido de los responsables de causarlo, ya sea el propio Estado u otro actor⁴⁸³.

15) El párrafo 3 se refiere al derecho de la víctima a “obtener reparación”. Los tratados e instrumentos internacionales que se ocupan de esta cuestión han empleado terminología diferente, refiriéndose a veces al derecho a un “recurso” o una “reparación”, utilizando en ocasiones el término “compensación” y aludiendo otras veces únicamente a una forma concreta de reparación, como la “indemnización”⁴⁸⁴. Así, el derecho a un “recurso efectivo” puede encontrarse en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948⁴⁸⁵, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966⁴⁸⁶ y en algunos tratados regionales de derechos humanos⁴⁸⁷. La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, en el artículo 14, se refiere al derecho de la víctima a obtener una “reparación” y una “indemnización”, incluida la “rehabilitación”⁴⁸⁸. El artículo 24 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006 se refiere a “el derecho a la reparación y a una indemnización rápida, justa y adecuada”⁴⁸⁹.

16) La Comisión decidió referirse al “derecho a obtener reparación” para transmitir una idea de resarcimiento en sentido amplio, un enfoque que parece haber arraigado en diversos regímenes convencionales. Así, aunque la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, antes citada, emplea los términos “reparación”, “indemnización” y “rehabilitación”, el Comité contra la Tortura considera que la disposición en su conjunto abarca un “concepto amplio de reparación”⁴⁹⁰, según el cual:

Las obligaciones de los Estados partes de proporcionar reparación en virtud del artículo 14 son de dos tipos, de procedimiento y sustantivas. Para cumplir con sus obligaciones de procedimiento, los Estados partes han de promulgar leyes y establecer mecanismos para la presentación de quejas, órganos de investigación e instituciones, entre ellos órganos judiciales independientes, que puedan determinar si una víctima de tortura y malos tratos tiene derecho a una reparación y concedérsela, así como cerciorarse de que estos mecanismos y órganos sean eficaces y todas las víctimas puedan recurrir a ellos. En lo sustantivo, los Estados partes han

⁴⁸³ Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, principios 12 a 23.

⁴⁸⁴ Véase, por ejemplo, Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, art. 8, párr. 4; Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, art. 9, párr. 4; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, arts. 14, párr. 2, y 25, párr. 2; Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 6, párr. 6; Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 35.

⁴⁸⁵ Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 8.

⁴⁸⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2, párr. 3. Véase también Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 31, párrs. 16 y 17.

⁴⁸⁷ Véanse, por ejemplo, Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 13; Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 25 y 63. Véase también Organización de la Unidad Africana, Protocolo de la Carta de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo al Establecimiento de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Ugadugú, 10 de junio de 1998), Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Collection of International Instruments and Legal Texts Concerning Refugees and Others of Concern to UNHCR*, vol. 3, *Regional Instruments, Africa, Middle East, Asia, Americas*, Ginebra, ACNUR, 2007, págs. 1040 y ss., en especial pág. 1045, art. 27.

⁴⁸⁸ Convención contra la Tortura, art. 14, párr. 1.

⁴⁸⁹ Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 24, párr. 4.

⁴⁹⁰ Comité contra la Tortura, observación general núm. 3, párr. 2; *Urra Guridi c. España*, comunicación núm. 212/2002, decisión adoptada el 24 de mayo de 2005, párr. 6.8, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/60/44)*, anexo VIII, secc. A, pág. 155.

de cerciorarse de que las víctimas de torturas o malos tratos obtengan una reparación plena y efectiva, con inclusión de una indemnización y de los medios para lograr una rehabilitación lo más completa posible⁴⁹¹.

17) Esa evolución hacia un concepto más amplio de reparación ha dado lugar a que en algunas disposiciones de tratados se enumeren diversas formas de reparación. Por ejemplo, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006 señala que el “derecho a la reparación”, que abarca “todos los daños materiales y morales” puede incluir no solo una indemnización, sino también, “en su caso, otras modalidades de reparación tales como: a) La restitución; b) La readaptación; c) La satisfacción; incluido el restablecimiento de la dignidad y la reputación; d) Las garantías de no repetición⁴⁹².

18) El párrafo 3 del proyecto de artículo 12 sigue ese enfoque al establecer una lista no exhaustiva de formas de reparación, que incluye la restitución, la indemnización, la satisfacción, la rehabilitación, el cese y las garantías de no repetición. En el contexto de los crímenes de lesa humanidad, todas las formas de reparación tradicionales pueden ser pertinentes. La restitución o vuelta al *statu quo ex ante* puede ser una forma de reparación adecuada, e incluye la posibilidad de que la víctima regrese a su hogar, la devolución de bienes muebles o la reconstrucción de edificios públicos o privados, como escuelas, hospitales y lugares de culto. La indemnización puede ser adecuada para daños tanto materiales como morales. En determinadas circunstancias pueden requerirse programas de rehabilitación para un gran número de personas, como programas de tratamiento médico, suministro de prótesis o terapias para superar traumas. La satisfacción, por ejemplo, emitir una declaración pidiendo perdón o de arrepentimiento, también puede ser una forma adecuada de reparación. La reparación por un crimen de lesa humanidad podría consistir asimismo en seguridades o garantías de no repetición.

19) No obstante, la lista ilustrativa de las formas de reparación va precedida de la expresión “según proceda”. Esa formulación reconoce que los Estados han de tener cierta flexibilidad y discrecionalidad para determinar la forma de reparación apropiada, habida cuenta de que, tras la comisión de un crimen de lesa humanidad, pueden producirse distintas situaciones, incluida la justicia de transición, y la reparación ha de adaptarse al contexto concreto. Por ejemplo, en algunos casos, el Estado puede ser responsable de los crímenes de lesa humanidad, mientras que, en otros casos, los responsables pueden ser agentes no estatales. Los crímenes pueden haber provocado atrocidades masivas en un contexto en que, de resultas de los hechos, el Estado esté librando una batalla para reconstruirse, lo que limita sus recursos o su capacidad para ofrecer una reparación material a las víctimas. La capacidad de un determinado infractor de ofrecer una reparación también varían. El párrafo 3 se entenderá sin perjuicio de otras obligaciones que incumban a los Estados en virtud del derecho internacional.

20) El párrafo 3 dispone que la reparación puede ser “individual o colectiva”. Aunque puede concederse una reparación concreta a cada víctima, por ejemplo, mediante procesos ordinarios de demandas civiles en tribunales nacionales o procesos especialmente concebidos de demandas colectivas de indemnización, en algunas situaciones puede que solo sean viables o preferibles las formas de reparación colectivas, como la construcción de monumentos conmemorativos o la reconstrucción de escuelas, hospitales, clínicas y lugares de culto. En otros casos puede ser conveniente combinar las reparaciones individuales con las colectivas.

21) El apoyo a este enfoque puede verse en el enfoque adoptado por los tribunales penales internacionales con respecto a las reparaciones. Los Estatutos del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y del Tribunal Penal Internacional para Rwanda contienen disposiciones que abordan exclusivamente la posibilidad de restitución de los bienes, no la indemnización u otras formas de reparación⁴⁹³. No obstante, cuando se han

⁴⁹¹ Comité contra la Tortura, observación general núm. 3, párr. 5.

⁴⁹² Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 24, párrs. 4 y 5.

⁴⁹³ Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, art. 24, párr. 3; Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, art. 23, párr. 3.

establecido otros tribunales penales internacionales, los Estados parecen haber reconocido que centrarse únicamente en la restitución es insuficiente (en lugar de ello, se ha empleado el término “reparación”, que es más general) y que prever solamente un derecho individual a la reparación para cada víctima puede ser problemático en el contexto de atrocidades masivas. Así, se contempla la posibilidad de reparación individual para cada víctima o de reparación colectiva⁴⁹⁴. Por ejemplo, las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional disponen que, al conceder una reparación a las víctimas de conformidad con el artículo 75, “la Corte podrá conceder una reparación individual o, cuando lo considere procedente, una reparación colectiva o ambas”, teniendo en cuenta el alcance y la magnitud del daño, perjuicio o lesión⁴⁹⁵. En el contexto de las atrocidades cometidas en Camboya durante el régimen de los jemereros rojos, en el Reglamento Interno de las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya solo se prevén “reparaciones colectivas y morales”⁴⁹⁶.

Artículo 13 **Extradición**

1. Cada uno de los delitos comprendidos en el presente proyecto de artículos se considerará incluido entre los delitos que pueden dar lugar a extradición en todo tratado de extradición vigente entre los Estados. Estos se comprometen a incluir tales delitos como causa de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí.

2. A efectos de la extradición entre Estados, los delitos comprendidos en el presente proyecto de artículos no serán considerados delitos políticos, delitos conexos a un delito político ni delitos inspirados en motivos políticos. En consecuencia, una solicitud de extradición fundada en un delito de este tipo no podrá ser rechazada por ese único motivo.

3. Si un Estado que supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe una solicitud de extradición de otro Estado con el que no tiene tratado al respecto, podrá considerar el presente proyecto de artículos como la base jurídica de la extradición respecto de los delitos comprendidos en el presente proyecto de artículos.

4. Todo Estado que, por los delitos comprendidos en el presente proyecto de artículos, supedita la extradición a la existencia de un tratado:

a) informará al Secretario General de las Naciones Unidas de si utilizará el presente proyecto de artículos como base jurídica de la cooperación en materia de extradición con otros Estados; y

b) si no utiliza el presente proyecto de artículos como base jurídica de la cooperación en materia de extradición, procurará, cuando proceda, celebrar tratados de extradición con otros Estados a fin de aplicar el presente proyecto de artículo.

5. Los Estados que no supediten la extradición a la existencia de un tratado reconocerán los delitos comprendidos en el presente proyecto de artículos como causa de extradición entre ellos.

6. La extradición estará sujeta a las condiciones previstas en el derecho nacional del Estado requerido o en los tratados de extradición aplicables, incluidos los motivos por los que el Estado requerido puede denegar la extradición.

7. De ser necesario, a los efectos de la extradición entre Estados, se considerará que los delitos comprendidos en el presente proyecto de artículos se han cometido no solo en el lugar en que se perpetraron sino también en el territorio de

⁴⁹⁴ Véase, por ejemplo, Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, principio 13.

⁴⁹⁵ Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, regla 97, párr. 1.

⁴⁹⁶ Internal Rules of the Extraordinary Chambers in the Court of Cambodia (Rev. 9), revisado el 16 de enero de 2015, reglas 23 y 23 *quinquies*.

los Estados que hayan establecido su competencia de conformidad con el proyecto de artículo 7, párrafo 1.

8. Si la extradición solicitada con el propósito de que se cumpla una condena es denegada por el hecho de que la persona buscada es nacional del Estado requerido, este, si su derecho nacional lo permite y de conformidad con los requisitos de dicho derecho, considerará, previa solicitud del Estado requirente, la posibilidad de hacer cumplir la condena impuesta o el resto pendiente de dicha condena con arreglo al derecho nacional del Estado requirente.

9. Nada de lo dispuesto en el presente proyecto de artículos podrá interpretarse como la imposición de una obligación de extraditar si el Estado requerido tiene motivos fundados para creer que la solicitud se ha presentado con el fin de enjuiciar o sancionar a una persona en razón de su género, raza, religión, nacionalidad, origen étnico, cultura, pertenencia a un determinado grupo social, opiniones políticas u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables en derecho internacional, o que el cumplimiento de esa solicitud ocasionaría perjuicios a la posición de esa persona por cualquiera de estas razones.

10. Antes de denegar la extradición, el Estado requerido, cuando proceda, consultará al Estado requirente para darle amplia oportunidad de presentar sus opiniones y de proporcionar información que sustente sus alegaciones.

Comentario

1) El proyecto de artículo 13 se ocupa de los derechos, las obligaciones y los procedimientos aplicables a la extradición de un presunto infractor de conformidad con el presente proyecto de artículos. La extradición normalmente se refiere al proceso por el cual un Estado (el Estado requirente) pide a otro Estado (el Estado requerido) que le envíe a una persona que se encuentra en el Estado requerido, a fin de poder procesarla en el Estado requirente. También puede haber lugar a ella cuando un infractor haya huido estando recluido de forma lícita tras haber sido condenado en el Estado requirente y se encuentre en el Estado requerido. A menudo la extradición entre dos Estados está regulada por un tratado multilateral⁴⁹⁷ o bilateral⁴⁹⁸, aunque no todos los Estados requieren la existencia de un tratado para proceder a la extradición.

2) En 1973, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución [3074 \(XXVIII\)](#), puso de relieve la importancia de la cooperación internacional en la extradición de las personas que presuntamente hubieran cometido crímenes de lesa humanidad, cuando fuera necesario para asegurar su enjuiciamiento y castigo⁴⁹⁹. En 2001, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la Comisión de Derechos Humanos reafirmó los principios establecidos en la resolución [3074 \(XXVIII\)](#) de la Asamblea General⁵⁰⁰ y urgió “a todos los Estados a cooperar para buscar, detener,

⁴⁹⁷ Véanse, por ejemplo, *European Convention on Extradition* (París, 13 de diciembre de 1957), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 359, núm. 5146, pág. 273; *Convención Interamericana sobre Extradición* (Caracas, 25 de febrero de 1981), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1752, núm. 30597, pág. 177. Véase también decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (Luxemburgo, 2002), *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. L 190, vol. 45 (18 de julio de 2002), pág. 1.

⁴⁹⁸ El Tratado Modelo de Extradición de 1990 es una iniciativa para ayudar a los Estados a elaborar acuerdos de extradición bilaterales que puedan abordar una amplia gama de delitos. Véase resolución [45/116](#) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990, anexo (modificada posteriormente por la resolución [52/88](#) de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 1997).

⁴⁹⁹ Resolución [3074 \(XXVIII\)](#) de la Asamblea General, de 3 de diciembre de 1973.

⁵⁰⁰ Cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad, resolución 2001/22 de 16 de agosto de 2001, párr. 3, en Informe de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos sobre su 53^{er} período de sesiones ([E/CN.4/2002/2-E/CN.4/Sub.2/2001/40](#)). La Subcomisión reprodujo en gran medida los principios de la Asamblea General en su resolución, pero con algunas modificaciones.

extraditar y castigar a las personas declaradas culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad⁵⁰¹.

3) El proyecto de artículo 13 ha de examinarse en el contexto general del presente proyecto de artículos. El proyecto de artículo 7, párrafo 2, establece que todo Estado adoptará las medidas necesarias para establecer su competencia respecto de los delitos comprendidos en el presente proyecto de artículos en los casos en que el presunto infractor se encuentre en cualquier territorio bajo su jurisdicción y no lo extradite o lo entregue. Cuando un presunto infractor se encuentre en dicho territorio y haya sido detenido, el Estado estará obligado, en virtud del proyecto de artículo 9, párrafo 3, a notificarlo a los demás Estados que tengan competencia para enjuiciar al presunto infractor, lo que puede dar lugar a que esos Estados soliciten su extradición. Además, el proyecto de artículo 10 obliga al Estado a someter el asunto a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, a menos que extradite o entregue a la persona a otro Estado o tribunal penal internacional competente.

4) Así pues, de conformidad con el presente proyecto de artículos, un Estado puede dar cumplimiento a la obligación de extraditar o juzgar que se enuncia en el proyecto de artículo 10 extraditando (o entregando) al presunto infractor a otro Estado a efectos de enjuiciamiento. No hay obligación de extraditar al presunto infractor; la obligación primordial del Estado en el territorio bajo cuya jurisdicción se encuentre el presunto infractor es someter el asunto a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento. No obstante, esa obligación también puede cumplirse extraditando al presunto infractor a otro Estado. Para facilitar la extradición, es útil que estén establecidos claramente los derechos, obligaciones y procedimientos en relación con dicho proceso.

5) La Comisión decidió redactar el proyecto de artículo 13 tomando como modelo el artículo 44 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003, que, a su vez, se basaba en el artículo 16 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000. Aunque un crimen de lesa humanidad es, por su naturaleza, muy distinto de un delito de corrupción, las cuestiones que se plantean en el contexto de la extradición son fundamentalmente las mismas, con independencia del carácter del delito subyacente, y la Comisión consideró que el artículo 44 proporcionaba amplia orientación acerca de todos los derechos, obligaciones y procedimientos pertinentes para la extradición en el contexto de los crímenes de lesa humanidad. Además, los 181 Estados partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 conocen bien las disposiciones del artículo 44, en especial gracias a las guías detalladas y otros recursos elaborados por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito⁵⁰².

Inclusión entre los delitos que pueden dar lugar a extradición en los tratados de extradición vigentes y futuros

6) El párrafo 1 del proyecto de artículo 13 se basa en el artículo 44, párrafo 4, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003. Obliga al Estado

⁵⁰¹ *Ibid.*, párr. 2.

⁵⁰² Véase, por ejemplo, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Guía legislativa para la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción* (Nueva York, Naciones Unidas, 2009); y Trabajos Preparatorios de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito ha elaborado material similar con respecto a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que en su artículo relativo a la extradición contiene muchas disposiciones idénticas a las de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Véase, por ejemplo, *Guías legislativas para la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.05.V.2); véase también el informe del Comité Especial encargado de Elaborar una Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional sobre la labor de sus períodos de sesiones 1º a 11º, adición, Notas interpretativas para los documentos oficiales (*travaux préparatoires*) de la negociación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos (A/55/383/Add.1).

requerido a considerar los delitos comprendidos en el presente proyecto de artículos entre los delitos que pueden dar lugar a extradición en todo tratado de extradición vigente entre ese Estado y el Estado requirente, así como en todo tratado de extradición que celebren entre sí en lo sucesivo⁵⁰³. Esta disposición suele aparecer en otras convenciones⁵⁰⁴.

Exclusión de la excepción del “delito político” en relación con la extradición

7) El párrafo 2 del proyecto de artículo 13 excluye la excepción del “delito político” como motivo para no dar curso al procedimiento de extradición.

8) Con arreglo a algunos tratados de extradición, el Estado requerido puede negarse a conceder la extradición si considera que el delito por el que se solicita es de carácter político. No obstante, hay elementos que respaldan la propuesta de que delitos como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra no se consideren “delitos políticos”. Por ejemplo, el artículo VII de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 dispone que “a los efectos de extradición”, el genocidio y los otros actos enumerados “no serán considerados como delitos políticos”⁵⁰⁵. Existen razones similares para no considerar “delitos políticos” los presuntos crímenes de lesa humanidad e impedir la extradición⁵⁰⁶. El *Manual revisado sobre el Tratado Modelo de Extradición* establece que “ciertos delitos, como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, son considerados tan atroces por la comunidad internacional que sus autores no pueden acogerse a esta restricción a la extradición”⁵⁰⁷. La Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la Comisión de Derechos Humanos ha declarado que las personas “acusadas de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad no podrán alegar, para oponerse a su extradición, que esas medidas caen dentro del ámbito de la excepción de ‘delitos de carácter político’”⁵⁰⁸.

9) Los tratados bilaterales de extradición contemporáneos también suelen mencionar delitos concretos que no pueden considerarse “delitos políticos” para impedir la extradición⁵⁰⁹. Aunque algunos tratados sobre delitos específicos no abordan la cuestión⁵¹⁰,

⁵⁰³ Véanse el artículo 7 del proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los delitos contra los agentes diplomáticos y otras personas internacionalmente protegidas, *Anuario...*, 1972, vol. II, pág. 348; y el artículo 10 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), pág. 35.

⁵⁰⁴ Los siguientes instrumentos contienen disposiciones similares: Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, art. 8, párr. 1; Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, art. 8, párr. 1; Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, art. 8, párr. 1; Convención contra la Tortura, art. 8, párr. 1; Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, art. 15, párr. 1; Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, art. 9, párr. 1; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 16, párr. 3; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 13, párrs. 2 y 3. El proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad elaborado por la Comisión en 1996 dispone, en el art. 10, párr. 1, que “[si el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes contra las Naciones Unidas y el personal asociado y los crímenes de guerra no están enumerados entre los que dan lugar a extradición en un tratado de extradición vigente entre los Estados Partes, se considerarán incluidos como tales en esa disposición. Los Estados Partes se comprometen a incluir esos delitos, en todo tratado de extradición que concluyan entre sí, entre los que dan lugar a extradición”.

⁵⁰⁵ Convención sobre el Genocidio, art. VII.

⁵⁰⁶ Véase, por ejemplo, *In the Matter of the Extradition of Mousa Mohammed Abu Marzook*, United States District Court, S. D. New York, 924 F. Supp. 565 (1996), pág. 577 (“si el acto denunciado es de carácter tan atroz que constituye un crimen de lesa humanidad, quedará necesariamente excluido de la excepción del delito político”).

⁵⁰⁷ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Revised Manuals on the Model Treaty on Extradition and on the Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters, Part One: Revised Manual on the Model Treaty on Extradition*, párr. 45.

⁵⁰⁸ Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, resolución 2001/22.

⁵⁰⁹ Véanse, por ejemplo, Extradition Treaty between the Government of the United States of America and the Government of South Africa (Washington, 16 de septiembre de 1999), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2917, núm. 50792, art. 4, párr. 2 (“A los efectos del presente Tratado, no se

en muchos tratados multilaterales contemporáneos que se ocupan de delitos concretos figura una disposición que prohíbe la excepción de delito político para conceder la extradición⁵¹¹. Por ejemplo, el artículo 13, párrafo 1, de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006 establece lo siguiente:

A efectos de extradición entre Estados Partes, el delito de desaparición forzada no será considerado delito político, delito conexo a un delito político ni delito inspirado en motivos políticos. En consecuencia, una solicitud de extradición fundada en un delito de este tipo no podrá ser rechazada por este único motivo.

10) La Comisión estimó que el texto del artículo 13, párrafo 1, de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006 era un modelo apropiado para el párrafo 2 del proyecto de artículo 13. Ese párrafo aclara que un crimen de lesa humanidad no podrá considerarse un “delito político”. Ahora bien, se trata de una cuestión diferente del supuesto en que el Estado requirente solicite la extradición en razón de las opiniones políticas de la persona; en otras palabras, difiere de la situación en que el Estado alega la comisión de un crimen de lesa la humanidad y solicita la extradición como medio de perseguir a una persona por sus opiniones políticas. La cuestión se trata por separado en el párrafo 9 del proyecto de artículo 13. La cláusula final del párrafo 2 “por ese único motivo” indica que puede haber otros motivos que el Estado puede invocar para denegar la extradición (véanse los párrafos 16) a 18) y 24) a 26) *infra*), siempre y cuando existan realmente.

Estados que requieren un tratado de extradición

11) Los párrafos 3 y 4 del proyecto de artículo 13 abordan la situación en que el Estado requerido supedita la extradición de una persona al Estado requirente a la existencia de un tratado.

12) El párrafo 3 dispone que, en ese caso, el Estado requerido “podrá” considerar el presente proyecto de artículos como base jurídica para la extradición respecto de los crímenes de lesa humanidad. Así, el Estado no está obligado a utilizar el presente proyecto de artículos a tal fin, pero puede optar por hacerlo. Ese párrafo se basa en el artículo 44, párrafo 5, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003, que establece lo siguiente: “Si un Estado Parte que supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe una solicitud de extradición de otro Estado Parte con el que no lo vincula ningún tratado de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica de la extradición respecto de los delitos a los que se aplica el presente artículo”⁵¹². Esa misma disposición o una similar puede encontrarse en muchos otros tratados⁵¹³ y en el

considerarán delitos políticos los siguientes delitos: [...] b) un delito por el cual tanto el Estado requirente como el Estado requerido tengan la obligación, en virtud de un acuerdo internacional multilateral, de conceder la extradición de la persona buscada o de someter el caso a sus respectivas autoridades competentes para decidir sobre el enjuiciamiento; ...”); Treaty on Extradition between Australia and the Republic of Korea (Seúl, 5 de septiembre de 1990), *ibid.*, vol. 1642, núm. 28218, art. 4, párr. 1 a) (“La referencia a un delito político no incluirá [...] ii) los delitos respecto de los cuales las Partes contratantes tengan la obligación de establecer su competencia o conceder la extradición en razón de un acuerdo internacional multilateral en el que ambas sean partes; y iii) los delitos que contravienen la legislación relativa al genocidio”); y Tratado de Extradición entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de Canadá (Ciudad de México, 16 de marzo de 1990), *ibid.*, vol. 1589, núm. 27824, art. IV a) (“Para los propósitos de este párrafo, un delito político no incluirá un delito respecto del cual cada Parte tiene la obligación, de conformidad con un convenio multilateral internacional, de extraditar a la persona buscada o someter el caso a las autoridades competentes con el propósito de su enjuiciamiento”).

⁵¹⁰ Véanse, por ejemplo, Convención Internacional contra la Toma de Rehenes; Convención contra la Tortura.

⁵¹¹ Véanse, por ejemplo, Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, art. 11; Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, art. 14; Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 44, párr. 4.

⁵¹² Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 44, párr. 5.

⁵¹³ Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, art. 8, párr. 2; Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los

proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad elaborado por la Comisión en 1996⁵¹⁴.

13) El párrafo 4 establece la obligación de todo Estado que supedita la extradición a la existencia de un tratado a informar al Secretario General de las Naciones Unidas de si utilizará el presente proyecto de artículos como base jurídica para la extradición respecto de los crímenes de lesa humanidad. Asimismo dispone que, si no tiene intención de utilizar el presente proyecto de artículos con ese propósito, el Estado procurará, cuando proceda, celebrar tratados a tal fin. Ese párrafo toma como modelo el artículo 16, párrafo 5, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 y el artículo 44, párrafo 6, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003, que dice lo siguiente:

Todo Estado Parte que supedita la extradición a la existencia de un tratado deberá:

a) En el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella, informar al Secretario General de las Naciones Unidas de si considerará o no la presente Convención como la base jurídica de la cooperación en materia de extradición en sus relaciones con otros Estados Parte en la presente Convención; y

b) Si no considera la presente Convención como la base jurídica de la cooperación en materia de extradición, procurar, cuando proceda, celebrar tratados de extradición con otros Estados Parte en la presente Convención a fin de aplicar el presente artículo.

14) El párrafo 4 b) del proyecto de artículo 13 dispone que, si el Estado parte no utiliza el proyecto de artículos como base jurídica para la extradición, “procurará, cuando proceda, celebrar” tratados de extradición con otros Estados. Así pues, el presente proyecto de artículos no obliga a los Estados a celebrar tratados de extradición con todos los demás Estados en relación con los crímenes de lesa humanidad, sino que les alienta a hacer los esfuerzos necesarios en ese sentido⁵¹⁵.

Estados que no requieren un tratado de extradición

15) El párrafo 5 del proyecto de artículo 13 es de aplicación para los Estados que no supediten la extradición a la existencia de un tratado. Ese párrafo dispone que esos Estados “reconocerán los delitos comprendidos en el presente proyecto de artículos como causa de extradición entre ellos”. Se basa en el artículo 44, párrafo 7, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003⁵¹⁶. Se pueden encontrar disposiciones similares en muchos otros tratados que se ocupan de delitos⁵¹⁷. El proyecto de código de

Agentes Diplomáticos, art. 8, párr. 2; Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, art. 10, párr. 2; Convención contra la Tortura, art. 8, párr. 2; Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, art. 9, párr. 2; Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, art. 11, párr. 2; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 16, párr. 4; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 13, párr. 4.

⁵¹⁴ *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), pág. 35, art. 10, párr. 2 (“Todo Estado Parte que subordine la extradición a la existencia de un tratado, si recibe una petición de extradición de otro Estado Parte con el que no tenga tratado de extradición, podrá, a su discreción, considerar el presente Código como la base jurídica necesaria para la extradición en lo que respecta a esos delitos. La extradición estará sometida a las condiciones establecidas por la legislación del Estado requerido”).

⁵¹⁵ Véase Conferencia de las Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Informe analítico de la Secretaría sobre la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional: información actualizada basada en las respuestas adicionales para el primer ciclo de presentación de informes (CTOC/COP/2005/2/Rev.1), párr. 69.

⁵¹⁶ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 44, párr. 7 (“Los Estados Parte que no supediten la extradición a la existencia de un tratado reconocerán los delitos a los que se aplica el presente artículo como causa de extradición entre ellos”).

⁵¹⁷ Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, art. 8, párr. 3; Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, art. 8, párr. 3; Convención

crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad elaborado por la Comisión en 1996 también contiene una disposición de esa naturaleza⁵¹⁸.

Requisitos previstos en el derecho nacional del Estado requerido

16) El párrafo 6 del proyecto de artículo 13 establece que la extradición “estará sujeta a las condiciones previstas en el derecho nacional del Estado requerido o en los tratados de extradición aplicables, incluidos los motivos por los que el Estado requerido puede denegar la extradición”. Pueden encontrarse disposiciones similares en diversos tratados mundiales⁵¹⁹ y regionales⁵²⁰. Este párrafo se basa en el artículo 44, párrafo 8, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003, pero no reproduce la formulación empleada después de la palabra “incluidas” que dice “, entre otras cosas, las relativas al requisito de una pena mínima para la extradición y”⁵²¹. La Comisión consideró que la referencia al requisito de una pena mínima era inapropiada en el contexto de alegaciones de crímenes de lesa humanidad.

17) Este párrafo establece la norma general de que, si bien la extradición ha de llevarse a cabo de conformidad con los derechos, obligaciones y procedimientos establecidos en el presente proyecto de artículos, sigue estando sujeta a las condiciones previstas en el derecho nacional del Estado requerido o en los tratados de extradición. Esas condiciones pueden referirse a medidas de procedimiento, como la necesidad de una decisión de un tribunal nacional o una certificación ministerial antes de proceder a la extradición, o a casos en que la extradición no se permite, como cuando existe una prohibición de extradición de los nacionales o los residentes permanentes del Estado; una prohibición de extradición cuando el delito en cuestión es punible con la pena de muerte; una prohibición de extradición para cumplir una condena impuesta en un juicio en rebeldía; o una prohibición de extradición basada en la norma de la especialidad⁵²². Al mismo tiempo, algunos motivos de denegación establecidos en el derecho interno serían inadmisibles de conformidad con el presente proyecto de artículos, como alegar la prescripción de un delito en contravención del artículo 6, párrafo 6, o podrían ser inadmisibles con arreglo a otras normas de derecho internacional.

18) Cualquiera que sea el motivo para denegar la extradición, en el contexto del presente proyecto de artículos el Estado requerido en que se encuentre el infractor sigue estando obligado a someter el asunto a sus autoridades judiciales competentes en virtud del

Internacional contra la Toma de Rehenes, art. 10, párr. 3; Convención contra la Tortura, art. 8, párr. 3; Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (Viena, 20 de diciembre de 1988), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1582, núm. 27627, pág. 95, art. 6, párr. 4; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 13, párr. 5.

⁵¹⁸ *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), pág. 35, art. 10, párr. 3 (“Los Estados Partes que no subordinen la extradición a la existencia de un tratado reconocerán que esos delitos dan lugar a extradición entre ellos con sujeción a lo que dispone la legislación del Estado requerido”).

⁵¹⁹ Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, art. 8, párr. 2; Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, art. 8, párr. 2; Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, art. 8, párr. 2; Convención contra la Tortura, art. 8, párr. 2; Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, art. 15, párr. 2; Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, art. 9, párr. 2; Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, art. 11, párr. 2; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 16, párr. 7; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 13, párr. 6.

⁵²⁰ Véase, por ejemplo, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, art. 13; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, art. V; Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption, art. 27, párr. 4.

⁵²¹ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 44, párr. 8 (“La extradición estará sujeta a las condiciones previstas en el derecho interno del Estado Parte requerido o en los tratados de extradición aplicables, incluidas, entre otras cosas, las relativas al requisito de una pena mínima para la extradición y a los motivos por los que el Estado Parte requerido puede denegar la extradición”).

⁵²² Véase, por ejemplo, Ley de Extradición del Reino Unido, art. 17.

proyecto de artículo 10. Así pues, aunque el derecho interno del Estado requerido pueda impedir la extradición a un Estado requirente en determinadas circunstancias, el Estado requerido seguirá estando obligado a someter el asunto a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento.

Consideración de que el delito se cometió en el Estado requirente

19) El párrafo 7 del proyecto de artículo 13 aborda las situaciones en que el Estado requerido, de conformidad con su derecho nacional, solo puede extraditar a la persona al Estado en que se haya cometido el delito⁵²³. Para facilitar la extradición a un abanico más amplio de Estados, el párrafo 7 dispone que, “[d]e ser necesario, a los efectos de la extradición entre Estados, se considerará que los delitos comprendidos en el presente proyecto de artículos se han cometido no solo en el lugar en que se perpetraron sino también en el territorio de los Estados que hayan establecido su competencia de conformidad con el proyecto de artículo 7, párrafo 1”. Este texto se basa en el artículo 11, párrafo 4, del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999⁵²⁴ y se ha utilizado en muchos tratados que se ocupan de delitos⁵²⁵.

20) Las disposiciones convencionales de este tipo se refieren a los “Estados que hayan establecido su competencia”, de conformidad con el tratado, sobre la base de vínculos como la nacionalidad del presunto infractor o de las víctimas del delito (por tanto, el párrafo 7 del proyecto de artículo 13 contiene una referencia cruzada al párrafo 1 del proyecto de artículo 7). Esas disposiciones no se refieren a los Estados que hayan establecido su competencia alegando la presencia del infractor en su territorio (proyecto de artículo 7, párrafo 2), ya que el Estado que solicita la extradición nunca es el Estado en que se encuentra el presunto infractor. En ese caso tampoco hay una referencia cruzada al párrafo 3 del proyecto de artículo 7, que no requiere que los Estados establezcan su competencia, sino que preserva el derecho a que establezcan su competencia nacional más allá del alcance del presente proyecto de artículos.

21) En su comentario al proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996, que contiene una disposición similar en el artículo 10, párrafo 4⁵²⁶, la Comisión señaló que “el párrafo 4 [...] asegura la posibilidad de que el Estado de detención acceda a una solicitud de [extradición] recibida de cualquier Estado Parte [...] con respecto a los crímenes” comprendidos en el proyecto de código, y que “[e]se enfoque más amplio es coherente con la obligación general de todo Estado Parte de establecer su jurisdicción sobre [esos] crímenes”⁵²⁷. Dicho enfoque “encuentra justificación además en el hecho de que el código no concede una jurisdicción primaria a ningún Estado determinado ni establece un orden de prioridad entre las solicitudes de extradición”⁵²⁸.

⁵²³ Véase *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), pág. 36, párr. 3) del comentario al proyecto de artículo 10 (“En virtud de algunos tratados y legislaciones nacionales, el Estado de detención puede acceder a solicitudes de extradición procedentes solo del Estado en que se produjo el crimen”).

⁵²⁴ Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, art. 11, párr. 4.

⁵²⁵ Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, art. 8, párr. 4; Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, art. 8, párr. 4; Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, art. 8, párr. 4; Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, art. 10, párr. 4; Convención contra la Tortura, art. 8, párr. 4; Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, art. 15, párr. 4; Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, art. 9, párr. 4. No obstante, en algunos tratados recientes no figura una disposición de esa índole. Véase, por ejemplo, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

⁵²⁶ *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), pág. 35 (“A los efectos de la extradición entre Estados Partes, se considerará que esos delitos se han cometido no solamente en el lugar donde se perpetraron, sino también en el territorio de cualquier otro Estado Parte”).

⁵²⁷ *Ibid.*, pág. 36 (párr. 3) del comentario al proyecto de artículo 10).

⁵²⁸ *Ibid.*

Cumplimiento de una condena impuesta a los propios nacionales del Estado

22) El párrafo 8 del proyecto de artículo 13 se refiere a las situaciones en que el nacional del Estado requerido es declarado culpable y condenado en un Estado extranjero, y luego huye al Estado requerido, pero este no puede extraditar a sus nacionales de conformidad con su derecho. En esos casos, el párrafo 8 establece que el Estado requerido, “si su derecho nacional lo permite y de conformidad con los requisitos de dicho derecho, considerará, previa solicitud del Estado requirente, la posibilidad de hacer cumplir la condena impuesta o el resto pendiente de dicha condena con arreglo al derecho nacional del Estado requirente”. Existen disposiciones similares en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000⁵²⁹ y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003⁵³⁰.

23) La Comisión también consideró la posibilidad de incluir un párrafo en el proyecto de artículo 13 que abordara los casos en que el Estado requerido puede extraditar a uno de sus nacionales, pero solo si el presunto infractor es devuelto al Estado requerido para cumplir en él la condena que pudiera imponerle el Estado requirente. La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000⁵³¹ y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003⁵³² contienen una disposición en ese sentido. La Comisión consideró que esa situación quedaba recogida en las condiciones mencionadas en el marco del párrafo 6 del proyecto de artículo 13 del presente proyecto de artículos, por lo que decidió que no era necesario redactar una disposición específica sobre esa cuestión.

Denegación de la extradición

24) El párrafo 9 del proyecto de artículo 13 deja claro que nada de lo dispuesto en ese proyecto de artículo obliga al Estado a extraditar a una persona a otro Estado cuando haya motivos fundados para creer que la solicitud de extradición se ha presentado por motivos universalmente reconocidos como inaceptables en derecho internacional. Esa disposición figura en diversos tratados multilaterales⁵³³ y bilaterales⁵³⁴, así como en leyes nacionales⁵³⁵ que abordan la extradición con carácter

⁵²⁹ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 16, párr. 10.

⁵³⁰ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 44, párr. 13.

⁵³¹ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 16, párr. 11.

⁵³² Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 44, párr. 12.

⁵³³ Véanse, por ejemplo, European Convention on Extradition, art. 3, párr. 2; Convención Interamericana sobre Extradición, art. 4, párr. 5.

⁵³⁴ Véanse, por ejemplo, Extradition Agreement between the Government of the Republic of India and the Government of the French Republic (París, 24 de enero de 2003), art. 3, párr. 3; Extradition Treaty between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of South Africa (Washington, 16 de septiembre de 1999), Naciones Unidas, *Treaty Series*, [vol. no publicado aún], núm. 50792, art. 4, párr. 3; Treaty on Extradition between Australia and the Republic of Korea (Seúl, 5 de septiembre de 1990), art. 4, párr. 1 b); Tratado de Extradición entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de Canadá, art. IV. El artículo 3 b) del Tratado Modelo de Extradición contiene una disposición de este tipo. El párrafo 47 del Manual revisado sobre el Tratado Modelo de Extradición dispone lo siguiente: “El apartado b) [...] es un párrafo que no suscita controversias y que se ha utilizado (a veces con una formulación diferente) en tratados de extradición de todo el mundo”.

⁵³⁵ Véanse, por ejemplo, la Ley de Extradición de la República Popular China: Orden del Presidente de la República Popular China, núm. 42, aprobada en la 19ª reunión del Comité Permanente del Noveno Congreso Popular Nacional, el 28 de diciembre de 2000, art. 8, párr. 4 (“Se denegará la solicitud de extradición presentada a la República Popular China por un Estado extranjero si [...] se ha incoado contra la persona buscada un procedimiento penal o se le puede imponer una pena en razón de su raza, religión, nacionalidad, sexo, opiniones políticas o condición personal, o si, por alguno de esos motivos, esa persona puede ser víctima de un trato injusto en las actuaciones judiciales.”); y la Ley de Extradición del Reino Unido, art. 13 (“La extradición de una persona [...] quedará excluida por consideraciones de otra índole únicamente en los siguientes casos: a) cuando la orden emitida contra esa persona según lo dispuesto en la Parte 1 (aunque presuntamente emitida en razón del delito por el que se pide la extradición) tenga en realidad por objeto enjuiciarla o castigarla en razón de su raza,

general, así como en tratados que se ocupan de la extradición en relación con determinados delitos⁵³⁶.

25) El párrafo 9 toma como modelo el párrafo 14 del artículo 16 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 y el párrafo 15 del artículo 44 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003, que establecen lo siguiente:

Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá interpretarse como la imposición de una obligación de extraditar si el Estado Parte requerido tiene motivos justificados para presumir que la solicitud se ha presentado con el fin de perseguir o castigar a una persona en razón de su sexo, raza, religión, nacionalidad, origen étnico u opiniones políticas o que su cumplimiento ocasionaría perjuicios a la posición de esa persona por cualquiera de estas razones.

Aunque se basa en esa disposición, el término “sexo” se reemplazó por “género” y la palabra “cultura” se añadió a la lista de factores, en consonancia con la formulación empleada en el párrafo 1 h) del proyecto de artículo 3. Además, la expresión “pertenencia a un determinado grupo social” se agregó a la lista, emulando la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006⁵³⁷.

26) Habida cuenta de que el presente proyecto de artículos no obliga a extraditar a todas las personas, esta disposición no es, en sentido estricto, necesaria. De conformidad con el presente proyecto de artículos, el Estado puede negarse a extraditar, siempre y cuando someta el asunto a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento. No obstante, el párrafo 9 tiene tres propósitos. En primer lugar, contribuye a asegurar que no se extradite a una persona cuando exista peligro de que se vulneren sus derechos, en particular sus derechos fundamentales. En segundo lugar, se asegura a los Estados que ya hayan incluido una disposición similar en sus tratados de extradición o en su derecho interno que uno de los motivos para denegar la extradición seguirá siendo la existencia de razones fundadas para creer que una persona será objeto de persecución. En tercer lugar, los Estados que no hayan incluido explícitamente una disposición en ese sentido en sus acuerdos bilaterales tendrán un fundamento recogido por escrito para denegar la extradición si se plantea un caso de ese tipo. Así pues, la Comisión consideró apropiado incluir una disposición de esa índole en el presente proyecto de artículos.

27) El párrafo 10 del proyecto de artículo 13 establece que, antes de negarse a la extradición, el Estado requerido, “cuando proceda, consultará al Estado requirente para darle amplia oportunidad de presentar sus opiniones y de proporcionar información que sustente sus alegaciones”. Esas consultas pueden permitir que el Estado requirente modifique su solicitud de manera que atienda a las preocupaciones del Estado requerido. No obstante, la expresión “cuando proceda” reconoce que puede haber ocasiones en que el Estado requerido se niegue a la extradición pero las consultas no sean procedentes, por ejemplo, por razones de confidencialidad. Aun así, cabe destacar que, en el contexto del presente proyecto de artículos, el proyecto de artículo 10 dispone que el Estado requerido someterá el asunto a sus propias autoridades judiciales en caso de no acceder a la extradición.

religión, nacionalidad, género, orientación sexual u opiniones políticas, o b) cuando, en caso de ser extraditada, la persona en cuestión pudiera verse perjudicada en el juicio celebrado contra ella, o ser castigada, reclusa o sufrir restricciones de su libertad personal, en razón de su raza, religión, nacionalidad, género, orientación sexual u opiniones políticas”).

⁵³⁶ Véanse, por ejemplo, Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, art. 9; Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, art. 6, párr. 6; Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, art. 12; Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, art. 15; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 13, párr. 7.

⁵³⁷ Véase Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 13, párr. 7.

28) El párrafo 10 está inspirado en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000⁵³⁸ y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003⁵³⁹, que establecen que “[a]ntes de denegar la extradición, el Estado Parte requerido, cuando proceda, consultará al Estado Parte requirente para darle amplia oportunidad de presentar sus opiniones y de proporcionar información pertinente a su alegato”. La precisión “cuando proceda” reconoce que habrá situaciones en que esas consultas no sean procedentes, como en el caso de que el Estado requerido haya decidido someter el asunto a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento.

Solicitudes de extradición múltiples

29) Los tratados que abordan la extradición con carácter general o en el contexto de delitos concretos no se ocupan de regular qué Estado requirente ha de tener prioridad cuando existen solicitudes de extradición múltiples. A lo sumo, esos instrumentos pueden reconocer las facultades discrecionales del Estado requerido para determinar si procede a la extradición y, en tal caso, a qué Estado requirente. Por ejemplo, el artículo 16 del Tratado Modelo de Extradición de las Naciones Unidas de 1990 se limita a señalar lo siguiente: “Cuando una de las Partes y un tercer Estado soliciten la extradición de la misma persona, la otra Parte decidirá a su discreción a cuál de esos Estados habrá de extraditar la persona”⁵⁴⁰.

30) Por consiguiente, en consonancia con los tratados existentes, la Comisión decidió no incluir una disposición en el presente proyecto de artículos que especificase la opción preferible en caso de solicitudes múltiples. Aun así, cuando se produce una situación de ese tipo, el Estado puede tener en cuenta diversos factores al ejercer sus facultades discrecionales, que pueden estar establecidos en su derecho nacional. Por ejemplo, el Código Orgánico Integral Penal (2014) del Ecuador dispone en su artículo 405 que “la o el juzgador ecuatoriano podrá determinar la jurisdicción que garantice mejores condiciones para juzgar la infracción penal, la protección y reparación integral de la víctima”⁵⁴¹. En el contexto de la Unión Europea, entre las circunstancias pertinentes figuran “el lugar y la gravedad relativa de los delitos, las respectivas fechas de las distintas órdenes, así como el hecho de que la orden se haya dictado a efectos de la persecución penal o a efectos de ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad”⁵⁴².

Doble incriminación

31) Uno de los elementos que suelen contener los tratados de extradición es el requisito de la “doble incriminación”, en virtud del cual las obligaciones en materia de extradición solo surgen, respecto de una solicitud concreta, cuando la conducta en cuestión está tipificada en la legislación tanto del Estado requirente como del Estado requerido⁵⁴³. A veces ese requisito también figura en tratados que se centran en un determinado tipo de delito y que incluyen una combinación de supuestos de tipificación obligatoria y no obligatoria, por lo que los delitos punibles en dos Estados partes podrían diferir. Por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 establece supuestos de tipificación obligatoria⁵⁴⁴ y no obligatoria⁵⁴⁵ en relación con el delito de corrupción.

⁵³⁸ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 16, párr. 16.

⁵³⁹ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 44, párr. 17.

⁵⁴⁰ Tratado Modelo de Extradición, art. 16.

⁵⁴¹ Código Orgánico Integral Penal, art. 405.

⁵⁴² Véase, por ejemplo, decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002, art. 16, párr. 1.

⁵⁴³ Véase, por ejemplo, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Revised Manuals on the Model Treaty on Extradition and on the Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters, Part One: Revised Manual on the Model Treaty on Extradition*, pág. 10, párr. 20 (“El requisito de la doble incriminación en el derecho tanto del Estado requirente como del Estado requerido del delito por el cual se concede la extradición es un principio del derecho de extradición profundamente arraigado”).

⁵⁴⁴ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, arts. 15; 16, párr. 1; 17; 23 y 25.

⁵⁴⁵ *Ibid.*, arts. 16, párr. 2; 18 a 22 y 24.

32) Por el contrario, los tratados dedicados a un tipo concreto de delito y que solamente establecen supuestos de tipificación obligatoria no suelen prever el requisito de la doble incriminación. Así, instrumentos como la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984 y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006, en que se definen delitos específicos y se obliga a los Estados partes a adoptar las medidas necesarias para asegurar que constituyan delitos conforme al derecho penal nacional, no contienen ningún requisito de doble incriminación en sus respectivas disposiciones sobre extradición. El motivo de ello es que, cuando se presenta una solicitud de extradición de conformidad con cualquiera de esas dos Convenciones, el delito ya debería estar tipificado en la legislación de ambos Estados partes, de modo que no hay necesidad de cumplir el requisito de doble incriminación. Otro motivo es que esos tratados no suelen contener una obligación absoluta de extradición, sino una obligación *aut dedere aut iudicare*, en virtud de la cual el Estado requerido siempre puede optar por no extraditar, en tanto en cuanto someta el asunto a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento.

33) El presente proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad define dichos crímenes en el proyecto de artículo 3 y, sobre la base de esa definición, establece en los párrafos 1 a 3 del proyecto de artículo 6 que los “crímenes de lesa humanidad” han de estar tipificados en el derecho penal de cada Estado⁵⁴⁶. Así pues, cuando un Estado envía una solicitud de extradición a otro Estado por uno de los delitos comprendidos en el presente proyecto de artículos, ese delito debería estar tipificado en ambos Estados, por lo que el criterio de la doble incriminación se cumple automáticamente. Además, la obligación *aut dedere aut iudicare* que figura en el proyecto de artículo 10 no obliga a los Estados a extraditar, sino que el Estado puede cumplir la obligación impuesta en el proyecto de artículo 10 sometiendo el asunto a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento. Por consiguiente, la Comisión decidió que no era necesario incluir en el proyecto de artículo 13 un requisito de doble incriminación como el que figura en los tres primeros párrafos del artículo 44 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003.

Artículo 14 **Asistencia judicial recíproca**

1. Los Estados se prestarán la más amplia asistencia judicial recíproca respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos comprendidos en el presente proyecto de artículos, de conformidad con el presente proyecto de artículo.

2. Se prestará asistencia judicial recíproca en la mayor medida posible, conforme a las leyes y los tratados, acuerdos y arreglos pertinentes del Estado requerido, con respecto a investigaciones, procesos y actuaciones judiciales y de otra índole relacionados con los delitos de los que una persona jurídica pueda ser considerada responsable de conformidad con el proyecto de artículo 6, párrafo 8, en el Estado requirente.

3. La asistencia judicial recíproca que se preste de conformidad con el presente proyecto de artículo podrá solicitarse para cualquiera de los fines siguientes:

- a) identificar y localizar a los presuntos infractores y, cuando proceda, a las víctimas, los testigos u otras personas;
- b) recibir testimonios o tomar declaración a personas, entre otros medios por videoconferencia;
- c) presentar documentos judiciales;

⁵⁴⁶ El proyecto de artículo 3, párrafo 4, establece que el proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de cualquier otra definición más amplia de crímenes de lesa humanidad prevista en cualquier legislación nacional. No obstante, una solicitud de extradición basada en una definición más amplia que la enunciada en el proyecto de artículo 3, párrafos 1 a 3, no se referiría a uno de los delitos comprendidos en el presente proyecto de artículos.

- d) efectuar inspecciones e incautaciones;
- e) examinar objetos y lugares, incluida la obtención de pruebas forenses;
- f) proporcionar información, elementos de prueba y evaluaciones de peritos;
- g) entregar originales o copias certificadas de los documentos y expedientes pertinentes;
- h) identificar, localizar o embargar con carácter preventivo el producto del delito, bienes, instrumentos u otros elementos con fines probatorios o de otra índole;
- i) facilitar la comparecencia voluntaria de personas en el Estado requirente; o
- j) prestar cualquier otro tipo de asistencia autorizada por el derecho nacional del Estado requerido.

4. Los Estados no invocarán el secreto bancario para denegar la asistencia judicial recíproca prevista en el presente proyecto de artículo.

5. Cuando sea necesario, los Estados considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales que contribuyan a lograr los fines del presente proyecto de artículo y que lleven a la práctica o refuercen sus disposiciones.

6. Sin perjuicio de su legislación nacional, las autoridades competentes de un Estado podrán, sin que se les solicite previamente, transmitir información relativa a crímenes de lesa humanidad a una autoridad competente de otro Estado si creen que esa información podría ayudar a la autoridad a emprender o concluir con éxito investigaciones, procesos y actuaciones judiciales o podría dar lugar a una solicitud formulada por este último Estado con arreglo al presente proyecto de artículos.

7. Las disposiciones del presente proyecto de artículo no afectarán a las obligaciones dimanantes de otros tratados bilaterales o multilaterales vigentes o futuros que regulen, total o parcialmente, la asistencia judicial recíproca. No obstante, las disposiciones del presente proyecto de artículo se aplicarán en la medida en que prevean una mayor asistencia judicial recíproca.

8. El proyecto de anexo del presente proyecto de artículos se aplicará a las solicitudes que se formulen con arreglo al presente proyecto de artículo siempre que no medie entre los Estados interesados un tratado de asistencia judicial recíproca. Cuando esos Estados estén vinculados por un tratado de esa índole se aplicarán las disposiciones de dicho tratado, salvo que los Estados convengan en aplicar, en su lugar, las disposiciones del proyecto de anexo. Se insta a los Estados a que apliquen el proyecto de anexo si facilita la cooperación.

Comentario

1) Un Estado que investigue o enjuicie un delito comprendido en el presente proyecto de artículos puede querer solicitar asistencia a otro Estado para recabar información y pruebas, entre otras formas mediante documentos, declaraciones juradas y testimonios orales de víctimas, testigos y otras personas. Este tipo de cooperación, que suele prestarse en régimen de reciprocidad, se conoce como “asistencia judicial recíproca”. Disponer de un marco jurídico que regule dicha asistencia resulta útil para habilitar un medio de cooperación previsible entre el Estado requirente y el Estado requerido.

2) No existe actualmente ningún tratado universal ni regional que se refiera específicamente a la asistencia judicial recíproca en el contexto de los crímenes de lesa humanidad. Cuando se da una cooperación de este tipo, se trata más bien de una cooperación voluntaria entre Estados que se presta como muestra de cortesía o, cuando existen, en virtud de tratados bilaterales o multilaterales sobre asistencia judicial recíproca en relación con los delitos en general (conocidos como tratados de asistencia judicial

recíproca). Si bien puede prestarse asistencia judicial recíproca en relación con los crímenes de lesa humanidad a través de tratados existentes de asistencia judicial recíproca, en muchos casos no hay tratados de esta índole entre el Estado requirente y el Estado requerido⁵⁴⁷. Como sucede en el caso de la extradición, es frecuente que los Estados no hayan celebrado tratados de asistencia judicial recíproca con un gran número de Estados respecto de los delitos en general, de manera que, cuando es necesario cooperar en relación con crímenes de lesa humanidad, no hay ningún marco jurídico vigente que facilite dicha cooperación.

3) El proyecto de artículo 14 trata de ofrecer ese marco jurídico. Sus ocho párrafos están concebidos para abordar varios elementos importantes de la asistencia judicial recíproca que serán de aplicación entre el Estado requirente y el Estado requerido, teniendo en cuenta que en algunos casos puede que exista un tratado de asistencia judicial recíproca entre esos Estados, mientras que en otros puede que no lo haya. Como se menciona posteriormente, el proyecto de artículo 14 siempre es de aplicación al Estado requirente y al Estado requerido (con independencia de que exista un tratado de asistencia judicial recíproca entre ellos), mientras que el proyecto de anexo es de aplicación además al Estado requirente y al Estado requerido cuando no haya entre ellos ningún tratado de asistencia judicial recíproca o cuando exista dicho tratado, pero, pese a ello, ambos Estados convengan en utilizar el proyecto de anexo para facilitar la cooperación.

4) Las disposiciones detalladas sobre la asistencia judicial recíproca que figuran en el proyecto de artículo 14 y en el proyecto de anexo figuran asimismo en varias convenciones contemporáneas que se ocupan de delitos específicos. Si bien también hay precedentes de disposiciones menos detalladas⁵⁴⁸, parece que los Estados se sienten atraídos por las disposiciones más detalladas, como puede verse en el historial de elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000. En la versión inicial, el artículo relativo a la asistencia judicial recíproca consistía en una disposición constituida por dos párrafos⁵⁴⁹. Sin embargo, ya al principio, los Estados negociadores decidieron⁵⁵⁰ que ese enfoque menos detallado debía sustituirse por un artículo más detallado basado en el artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988⁵⁵¹. El resultado fue la minuciosa redacción del artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000, que fue reproducida prácticamente de manera íntegra en el artículo 46 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003. También se pueden encontrar contenidos equiparables en el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999⁵⁵².

5) La Comisión decidió que las disposiciones más detalladas eran las más adecuadas para el proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad. Estas disposiciones ofrecen una orientación exhaustiva a los Estados, lo cual resulta especialmente útil cuando no existe ningún tratado de asistencia judicial recíproca entre el Estado requirente y el

⁵⁴⁷ Véase *Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.98.XI.5), pág. 151, párr. 7.22 (se concluye que “hay todavía muchos Estados que no son partes de tratados generales de asistencia judicial recíproca y muchas circunstancias en que no hay ningún tratado bilateral que rijan la relación entre el par de Estados interesados en una cuestión determinada”).

⁵⁴⁸ Véanse, por ejemplo, la Convención contra la Tortura, art. 9; el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, art. 10, y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 14.

⁵⁴⁹ Véase Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, informe del Secretario General sobre la posible elaboración de un convenio internacional contra la delincuencia transnacional organizada (E/CN.15/1997/7/Add.1), pág. 14.

⁵⁵⁰ *Ibid.* (sugerencias de Australia y Austria).

⁵⁵¹ Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, art. 7.

⁵⁵² Las disposiciones sobre asistencia judicial recíproca del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo están distribuidas en varios artículos, muchos de los cuales se refieren tanto a la asistencia recíproca como a la extradición. Véase el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, arts. 7, párr. 5, y 12 a 16. Lo más habitual es que las disposiciones sobre asistencia judicial recíproca estén agrupadas en un solo artículo.

Estado requerido⁵⁵³. Además, como ya sucedió con las disposiciones detalladas sobre la extradición que figuran en el proyecto de artículo 13, este tipo de disposiciones referidas a la asistencia judicial recíproca ha resultado ser aceptable para los Estados. Por ejemplo, a julio de 2017, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 tiene 187 Estados partes y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003, 181 Estados partes. Ningún Estado parte en estas Convenciones ha formulado reservas oponiéndose a la redacción o el contenido del artículo sobre asistencia judicial recíproca. Además, estas disposiciones son aplicadas habitualmente por las autoridades nacionales encargadas de hacer cumplir la ley y han sido explicadas en numerosas guías y otros materiales de referencia, como los publicados por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito⁵⁵⁴.

6) El proyecto de artículo 14 y el proyecto de anexo se basan en el artículo 46 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003, si bien con algunas modificaciones. Como cuestión estructural, la Comisión consideró útil incluir en el cuerpo del proyecto de artículos disposiciones aplicables en todas las circunstancias y recoger en el proyecto de anexo disposiciones que se aplican únicamente cuando no existe ningún tratado de asistencia judicial recíproca entre el Estado requirente y el Estado requerido o cuando por cualquier otro motivo la aplicación del proyecto de anexo es considerada útil para facilitar la cooperación. Con ello se ayuda a mantener una sensación de equilibrio en el proyecto de artículos, al tiempo que se agrupan en un único lugar (el proyecto de anexo) disposiciones aplicables únicamente en determinadas situaciones. Además, como se explica posteriormente, algunas de las disposiciones del artículo 46 han sido revisadas, reubicadas o suprimidas.

7) En el párrafo 1 del proyecto de artículo 14, se establece una obligación general para los Estados partes de “prestarse la más amplia asistencia judicial recíproca” en relación con los delitos comprendidos en el presente proyecto de artículos. El texto reproduce literalmente el artículo 46, párrafo 1, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003⁵⁵⁵, excepto en la referencia a “los delitos comprendidos en el presente proyecto de artículos”. Es importante destacar que los Estados están obligados a prestarse esa asistencia recíproca no solo en las “investigaciones”, sino también en los “procesos” y en las “actuaciones judiciales”. Por tanto, la finalidad de la obligación es asegurar que los objetivos generales del presente proyecto de artículos se vean promovidos por la cooperación general entre los Estados en todas las fases del proceso de aplicación de la ley.

8) El párrafo 2 del proyecto de artículo 14 se ocupa de la cooperación en el contexto específico de la responsabilidad de las personas jurídicas, utilizando un criterio diferente del existente en el párrafo 1. Dicha cooperación debe existir únicamente “en la mayor medida posible, conforme a las leyes y los tratados, acuerdos y arreglos pertinentes del Estado requerido”. Este criterio reconoce que los ordenamientos jurídicos nacionales difieren considerablemente en el tratamiento de las personas jurídicas con respecto a los delitos, diferencias que también dieron lugar a la formulación que figura en el proyecto de artículo 6, párrafo 8. Dadas estas diferencias, la asistencia judicial recíproca en este contexto ha de estar supeditada a la medida en que sea posible dicha cooperación.

9) El texto del párrafo 2 del proyecto de artículo 14, reproduce casi literalmente el artículo 46, párrafo 2, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

⁵⁵³ Véase Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Estado de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción: penalización, aplicación de la ley y cooperación internacional* (Nueva York, Naciones Unidas, 2015), págs. 204, 222 y 223.

⁵⁵⁴ Véase la nota 502 *supra*.

⁵⁵⁵ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 46, párr. 1 (“Los Estados Parte se prestarán la más amplia asistencia judicial recíproca respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos comprendidos en la presente Convención”). Véanse también la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 18, párr. 1; la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, art. 7, párr. 1, y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, art. 12, párr. 1.

de 2003⁵⁵⁶, con excepción de la adición de “y de otra índole” en “investigaciones, procesos y actuaciones judiciales y *de otra índole*” relacionados con delitos de los que una persona jurídica pueda ser considerada responsable. Este cambio se consideró útil dado que, en algunos ordenamientos jurídicos nacionales, puede haber otros tipos de actuaciones relevantes en relación con las personas jurídicas, como las actuaciones administrativas.

10) El párrafo 3 del proyecto de artículo 14 enumera los tipos de asistencia que se pueden solicitar. Esos tipos de asistencia están redactados en términos generales y, en la mayoría de los casos, reproducen los tipos de asistencia enumerados en muchos tratados de extradición multilaterales⁵⁵⁷ y bilaterales⁵⁵⁸. De hecho, esos términos son lo suficientemente amplios para abarcar todos los tipos de asistencia que podrían ser pertinentes para la investigación y el enjuiciamiento de un crimen de lesa humanidad, incluida la búsqueda de documentos policiales y de organismos de seguridad, documentos judiciales; certificados de nacionalidad, inmigración, nacimiento, matrimonio y defunción; informes médicos; material forense, y datos biométricos. La lista no es exhaustiva, ya que incluye en el apartado j) una disposición general que hace referencia a “cualquier otro tipo de asistencia autorizada por el derecho nacional del Estado requerido”.

11) El párrafo 3 se basa en el artículo 46, párrafo 3, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003. De acuerdo con esta Convención, se considera en general que los tratados bilaterales de asistencia judicial recíproca existentes entre los Estados partes que no incluyan las formas de cooperación enumeradas en el párrafo 3 “quedan complementados automáticamente por esas formas de cooperación”⁵⁵⁹. La Comisión introdujo algunas modificaciones en el texto del artículo 46, párrafo 3, a los efectos del párrafo 3 del proyecto de artículo 14, dado que el presente proyecto de artículos se centra en los crímenes de lesa humanidad y no en la corrupción.

12) Se añadió un nuevo apartado a) para poner de relieve la asistencia judicial recíproca a los efectos de “identificar y localizar a los presuntos infractores y, cuando proceda, a las víctimas, los testigos u otras personas”. La expresión “cuando proceda” reconoce que deben

⁵⁵⁶ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 46, párr. 2 (“Se prestará asistencia judicial recíproca en la mayor medida posible conforme a las leyes, tratados, acuerdos y arreglos pertinentes del Estado Parte requerido con respecto a investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos de los que una persona jurídica pueda ser considerada responsable de conformidad con el artículo 26 de la presente Convención en el Estado Parte requirente”). Durante las negociaciones de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000, la cuestión de la variedad de la práctica nacional en materia de responsabilidad de las personas jurídicas, en particular en causas penales, llevó a varias delegaciones a proponer una disposición específica sobre la asistencia judicial recíproca en relación con las personas jurídicas, que fue aprobada en última instancia como artículo 18, párrafo 2. Durante la fase final de las negociaciones de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003, se hicieron tres propuestas de disposición sobre la asistencia judicial recíproca, una de las cuales no mencionaba expresamente la asistencia judicial recíproca en relación con las personas jurídicas. Trabajos Preparatorios de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, págs. 403 a 406, nota a pie de página 5. En la segunda sesión negociadora, esa propuesta ya no fue sometida a examen (*ibid.*, pág. 406, nota a pie de página 7), lo cual llevó en última instancia a aprobar el artículo 46, párrafo 2.

⁵⁵⁷ Véanse, por ejemplo, la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal (Nassau, 23 de mayo de 1992), Organización de los Estados Americanos, *Treaty Series*, núm. 75, art. 7; el Tratado sobre Asistencia Judicial Recíproca en Asuntos Penales de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental (ASEAN) (Kuala Lumpur, 29 de noviembre de 2004), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2336, núm. 41878, pág. 271, art. 1, párr. 2; la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, art. 7, párr. 2, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 18, párr. 3.

⁵⁵⁸ Véanse, por ejemplo, el Tratado Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales, de 1990, resolución 45/117 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990, anexo, art. 1, párr. 2, y el Tratado entre los Estados Unidos de América y la Federación de Rusia sobre la Asistencia Judicial Recíproca en Asuntos Penales (Moscú, 17 de junio de 1999), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2916, núm. 50780, art. 2.

⁵⁵⁹ *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, pág. 180, párr. 605 (en la que también se dice que, en algunos ordenamientos jurídicos nacionales, puede ser necesario modificar la legislación para incorporar nuevas bases de cooperación).

ser tenidas en cuenta las consideraciones relacionadas con la vida privada de las víctimas, los testigos y otras personas, y las palabras “otras personas” deben ser entendidas en el sentido de que incluyen a expertos y otras personas que puedan ser de utilidad para la investigación o el enjuiciamiento de un presunto infractor. También se modificó el apartado b) para incluir la posibilidad de que el Estado preste asistencia judicial recíproca mediante videoconferencia a los fines de recabar el testimonio u otras pruebas de las personas. Esto fue considerado apropiado dado el uso creciente de este tipo de testimonios y sus particulares ventajas para el cumplimiento transnacional de la ley, como también se reconoce en el párrafo 16 del proyecto de anexo⁵⁶⁰. El apartado e), que permite a los Estados solicitar asistencia judicial recíproca para “examinar objetos y lugares”, fue modificado para destacar la posibilidad de recabar pruebas forenses relacionadas con los crímenes de lesa humanidad, dada la importancia de estas pruebas (como la exhumación y el examen de fosas) para investigar a fondo este tipo de delitos.

13) El apartado g), que permite a los Estados solicitar asistencia para obtener “originales o copias certificadas de los documentos y expedientes pertinentes”, fue modificado para eliminar la lista ilustrativa que figura en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003⁵⁶¹, por considerar que se centraba de manera indebida en los datos financieros. Si bien estos datos pueden ser relevantes en relación con los crímenes de lesa humanidad, hay otros tipos de documentos (como certificados de defunción y atestados policiales) que probablemente sean igualmente relevantes, si no más. Tampoco se incluyeron dos tipos de asistencia recogidos en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003, en los apartados j) y k)⁵⁶², ya que hacen referencia a disposiciones detalladas de la Convención sobre la recuperación de activos, que no están incluidas en el presente proyecto de artículos.

14) Aunque la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 enumera juntos los actos de “[e]fectuar inspecciones e incautaciones y embargos preventivos”⁵⁶³, la Comisión consideró apropiado ubicar las palabras “embargar con carácter preventivo” en el apartado h), que trata del producto del delito, de modo que rezase “identificar, localizar o embargar con carácter preventivo el producto del delito, bienes, instrumentos u otros elementos con fines probatorios o de otra índole”. Las palabras “o de otra índole” fueron añadidas para recoger propósitos que no tienen naturaleza probatoria, como la restitución de bienes a las víctimas.

15) El párrafo 4 del proyecto de artículo 14 dispone que los Estados “no invocarán el secreto bancario para denegar la asistencia judicial recíproca prevista en el presente proyecto de artículo”. Esta misma formulación se utiliza en el artículo 46, párrafo 8, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003⁵⁶⁴ y una formulación similar aparece en otros tratados multilaterales y bilaterales sobre asistencia judicial recíproca⁵⁶⁵. Aunque puede que una disposición de esta índole no sea por regla general

⁵⁶⁰ Esta disposición recoge la posibilidad de que los Estados permitan “que la audiencia se celebre por videoconferencia si no es posible o conveniente que la persona en cuestión comparezca personalmente en un territorio bajo la jurisdicción del Estado requirente.” El párrafo se basa en el artículo 46, párrafo 18, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003.

⁵⁶¹ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 46, párr. 3 (“f) Entregar originales o copias certificadas de los documentos y expedientes pertinentes, incluida la documentación pública, bancaria y financiera, así como la documentación social o comercial de sociedades mercantiles”).

⁵⁶² Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 46, párr. 3 (“j) Identificar, embargar con carácter preventivo y localizar el producto del delito, de conformidad con las disposiciones del capítulo V de la presente Convención; k) Recuperar activos de conformidad con las disposiciones del capítulo V de la presente Convención”). Estas disposiciones tampoco figuran en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 ni en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000.

⁵⁶³ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 46, párr. 3 c).

⁵⁶⁴ Véanse *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, pág. 181, párrs. 611 y 612, y *Estado de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, págs. 173, 204 y 210.

⁵⁶⁵ Véanse, por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, art. 7, párr. 5; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 18, párr. 8; el Convenio Internacional para la

necesaria para el presente proyecto de artículos, dado que los delitos en cuestión no tendrán probablemente naturaleza financiera, un crimen de lesa humanidad puede conllevar una situación en la que se roben activos y la asistencia judicial recíproca en relación con esos activos pueda resultar valiosa, no solo para probar el delito, sino también para recuperar y devolver esos activos a las víctimas. Aun cuando se hace referencia al secreto “bancario”, la disposición tiene por objeto abarcar todas las instituciones financieras, sean o no técnicamente consideradas bancos⁵⁶⁶.

16) El párrafo 5 del proyecto de artículo 14 dispone que “[c]uando sea necesario, los Estados considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales que contribuyan a lograr los fines del presente proyecto de artículo y que lleven a la práctica o refuercen sus disposiciones”. Si bien esta disposición, basada en el artículo 46, párrafo 30, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003⁵⁶⁷, no obliga a los Estados a adoptar ninguna medida concreta al respecto, alienta a los Estados a considerar la posibilidad de celebrar otros tratados multilaterales o bilaterales para mejorar la aplicación del artículo 14.

17) El párrafo 6 del proyecto de artículo 14 reconoce que un Estado puede transmitir información a otro Estado, aun cuando no haya una solicitud formal, si se cree que con ello se podría ayudar a este a llevar a cabo o concluir con éxito investigaciones, procesamientos y actuaciones judiciales o se podría dar lugar a una solicitud formal de este último Estado. Innovadora cuando se utilizó por primera vez en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000⁵⁶⁸, esta disposición fue reproducida en el artículo 46, párrafo 4, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2003. La disposición está redactada en términos de discrecionalidad, de modo que contempla que los Estados “podrán” transmitir información, y está además condicionada por la cláusula “[s]in perjuicio de su legislación nacional”. En la práctica, los Estados llevan a cabo con frecuencia este tipo de intercambios oficiosos de información⁵⁶⁹.

18) Tanto en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 como en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 hay otra disposición que detalla en mayor medida el tratamiento de la información transmitida⁵⁷⁰. Si bien esos detalles pueden resultar útiles en algunas circunstancias, a los efectos del presente proyecto de artículos la Comisión consideró que el párrafo 6 del proyecto de artículo 14 constituía fundamento suficiente para esa cooperación.

Represión de la Financiación del Terrorismo, art. 12, párr. 2; el Tratado Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales, art. 4, párr. 2, y el Tratado sobre Asistencia Judicial Recíproca en Asuntos Penales de la ASEAN, art. 3, párr. 5.

⁵⁶⁶ En el Tratado Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales de 1990 se dispone que no se denegará la asistencia amparándose en el carácter confidencial “que regula las operaciones de los bancos y otras instituciones financieras similares” (Tratado Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales, art. 4, párr. 2). No obstante, la mayoría de los tratados aluden únicamente al “secreto bancario”, lo cual es interpretado en el sentido de que abarca también a otras instituciones financieras. Véase, por ejemplo, *Estado de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, pág. 131.

⁵⁶⁷ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 46, párr. 30. Véanse la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 18, párr. 30, y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, art. 7, párr. 20.

⁵⁶⁸ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 18, párr. 4.

⁵⁶⁹ *Estado de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, pág. 209.

⁵⁷⁰ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 18, párr. 5, y Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 46, párr. 5. Durante la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en una nota interpretativa oficial se indicaba que: “a) cuando un Estado Parte considere la posibilidad de comunicar espontáneamente información de carácter especialmente confidencial o de imponer restricciones estrictas con respecto a su utilización, se estima conveniente que el Estado Parte interesado consulte con antelación al eventual Estado receptor; b) cuando el Estado Parte que reciba información conforme a la presente disposición ya disponga de información similar, no estará obligado a acatar ninguna de las restricciones impuestas por el Estado transmisor” (A/55/383/Add.1, párr. 37).

19) El párrafo 7 del proyecto de artículo 14 se ocupa de la relación del proyecto de artículo 14 con los tratados de asistencia judicial recíproca que puedan existir entre el Estado requirente y el Estado requerido. El párrafo 7 deja claro que “[l]as disposiciones del presente proyecto de artículo no afectarán a las obligaciones dimanantes de otros tratados bilaterales o multilaterales vigentes o futuros que regulen, total o parcialmente, la asistencia judicial recíproca. No obstante, las disposiciones del presente proyecto de artículo se aplicarán en la medida en que prevean una mayor asistencia judicial recíproca”. En otras palabras, los tratados de asistencia judicial recíproca existentes entre ambos Estados siguen siendo de aplicación⁵⁷¹, pero son complementados por las disposiciones del proyecto de artículo 14 si dichas disposiciones prevén un nivel superior de asistencia judicial recíproca. Esta disposición se basa en la formulación del artículo 46, párrafo 6, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003⁵⁷², pero añade la cláusula introducida por “No obstante”, para indicar expresamente lo que se considera implícito en el artículo 46, párrafo 6, y otras disposiciones equiparables⁵⁷³.

20) El párrafo 8 del proyecto de artículo 14 aborda la aplicación del proyecto de anexo, que es parte integrante del presente proyecto de artículos. El párrafo 8, que se basa en el artículo 46, párrafo 7, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003⁵⁷⁴, dispone que el proyecto de anexo se aplica cuando no existe un tratado de asistencia judicial recíproca entre el Estado requirente y el Estado requerido. Por tanto, el proyecto de anexo no se aplica cuando existe un tratado de asistencia judicial recíproca entre el Estado requirente y el Estado requerido. Incluso en ese caso, en el párrafo 8 se indica que ambos Estados podrían convenir en aplicar las disposiciones del proyecto de anexo si así lo desean y se les insta a hacerlo si ello facilita la cooperación.

21) Al igual que en el caso del proyecto de artículo 13 relativo a la extradición, la Comisión decidió que no era necesario incluir en el proyecto de artículo 14 un requisito de doble incriminación como el que figura en el artículo 46, párrafo 9, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003⁵⁷⁵. Como se ha señalado anteriormente, en el presente proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad se definen los crímenes de lesa humanidad en el proyecto de artículo 3 y, sobre la base de esa definición, en el proyecto de artículo 6, párrafos 1 a 3, se impone la obligación de que los “delitos” de “crímenes de lesa humanidad” estén tipificados en el derecho penal nacional de cada

⁵⁷¹ *Anuario...*, 1972, vol. II, pág. 350, comentario al art. 10, párr. 1 (en el que se afirma que, en relación con una disposición similar del proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los delitos contra los agentes diplomáticos y otras personas internacionalmente protegidas: “La ayuda judicial mutua ha sido motivo de constante preocupación para los Estados y es objeto de numerosos tratados bilaterales y multilaterales. En virtud del artículo se mantienen plenamente las obligaciones derivadas de cualquiera de tales tratados vigentes entre los Estados partes en el proyecto que se examina”).

⁵⁷² Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 46, párr. 6. (“Lo dispuesto en el presente artículo no afectará a las obligaciones dimanantes de otros tratados bilaterales o multilaterales vigentes o futuros que rijan, total o parcialmente, la asistencia judicial recíproca”). Véanse también la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, art. 7, párr. 6, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 18, párr. 6.

⁵⁷³ Véase, por ejemplo, *Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas*, pág. 150, párr. 7.20. (“Esto significa que las disposiciones de la Convención prevalecerán cuando establezcan un nivel de asistencia superior en el contexto del tráfico ilícito que el dispuesto en las disposiciones de los tratados bilaterales o multilaterales de asistencia judicial recíproca aplicables”).

⁵⁷⁴ Véanse también la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, art. 7, párr. 7, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 18, párr. 7. Véanse asimismo *Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas*, pág. 151, párr. 7.23, y *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, pág. 180, párr. 608.

⁵⁷⁵ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 46, párr. 9; véase *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, pág. 182, párr. 616 (“Los Estados parte siguen teniendo la opción de denegar una solicitud de ese tipo por falta de doble incriminación. Al mismo tiempo, en la medida en que ello esté en consonancia con los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, los Estados parte deberán prestar asistencia que no entrañe medidas coercitivas”).

Estado. Por tanto, debe quedar satisfecho automáticamente el requisito de la doble incriminación en el caso de una solicitud de asistencia judicial recíproca formulada con arreglo al presente proyecto de artículos.

Artículo 15

Arreglo de controversias

1. Los Estados procurarán solucionar mediante negociaciones las controversias relativas a la interpretación o aplicación del presente proyecto de artículos.

2. Toda controversia entre dos o más Estados acerca de la interpretación o aplicación del presente proyecto de artículos que no se solucione mediante negociación se someterá, a solicitud de cualquiera de ellos, a la Corte Internacional de Justicia, a menos que esos Estados convengan en someter la controversia a arbitraje.

3. Todo Estado podrá declarar que no se considera vinculado por el párrafo 2 del presente proyecto de artículo. Los demás Estados no quedarán vinculados por el párrafo 2 del presente proyecto de artículo respecto de ningún Estado que haya hecho tal declaración.

4. Todo Estado que haya hecho una declaración con arreglo al párrafo 3 del presente proyecto de artículo podrá retirar esa declaración en cualquier momento.

Comentario

1) El proyecto de artículo 15 se ocupa del arreglo de controversias relativas a la interpretación o aplicación del presente proyecto de artículos. En la actualidad los Estados no tienen obligación alguna de resolver las controversias que puedan suscitarse entre ellos específicamente en relación con la prevención y la sanción de los crímenes de lesa humanidad. Cuando se tratan de resolver esas controversias, ello tiene lugar en el contexto de una obligación relativa al arreglo de controversias que no es específica para esos delitos⁵⁷⁶. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han mencionado los crímenes de lesa humanidad al evaluar cuestiones como el derecho a un juicio imparcial⁵⁷⁷, la excepción de cosa juzgada (*ne bis in idem*)⁵⁷⁸, el principio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali* (“ningún delito, ninguna pena sin ley previa”)⁵⁷⁹ y la legalidad de las disposiciones sobre amnistía⁵⁸⁰.

⁵⁷⁶ Por ejemplo, se plantearon crímenes de lesa humanidad ante la Corte Internacional de Justicia en el contexto de la reconvencción presentada por Italia en la causa incoada por Alemania en virtud de la Convención Europea para el Arreglo Pacífico de las Controversias de 1957 (*Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)* [reconvencción], providencia de 6 de julio de 2010, *I.C.J. Reports 2010*, págs. 310 y ss., en especial págs. 311 y 312, párr. 3). No obstante, en ese caso la Corte estimó que, puesto que la reconvencción de Italia guardaba relación con hechos y situaciones anteriores a la entrada en vigor de la Convención Europea para el Arreglo Pacífico de las Controversias de 29 de abril de 1957, quedaba fuera del ámbito de la competencia de la Corte (*ibid.*, en especial págs. 320 y 321, párr. 30).

⁵⁷⁷ *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany*, demandas núms. 34044/96, 35532/97 y 44801/98, sentencia de 22 de marzo de 2001, Gran Sala, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (voto particular concurrente del Juez Loucaides); y *K.-H. W. v. Germany*, demanda núm. 37201/97, sentencia de 22 de marzo de 2001, Gran Sala, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2001-II (fragmentos) (voto particular concurrente del Juez Loucaides).

⁵⁷⁸ *Almonacid-Arellano*, sentencia, 26 de septiembre de 2006 (véase nota 27 *supra*), párr. 154.

⁵⁷⁹ *Kolk and Kislyiy v. Estonia*, demandas núms. 23052/04 y 24018/04, resolución sobre la admisibilidad de 17 de enero de 2006, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2006-I.

⁵⁸⁰ *Barrios Altos vs. Perú*, sentencia de 14 de marzo de 2001 (véase nota 427 *supra*) (voto concurrente del Juez Sergio García-Ramírez), párr. 13; *Gelman Vs. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011 (fondo y reparaciones), Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 221, párrs. 198 y 210, y *Marguš v. Croatia*, demanda núm. 4455/10, sentencia de 27 de mayo de 2014, Gran Sala,

2) El párrafo 1 del proyecto de artículo 15 dispone que “[l]os Estados procurarán solucionar mediante negociaciones las controversias relativas a la interpretación o aplicación del presente proyecto de artículos”. El texto se basa en el artículo 66, párrafo 1, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003⁵⁸¹. Los trabajos preparatorios sobre la disposición equiparable de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional indican que esa disposición “ha de entenderse en sentido amplio como un estímulo a los Estados para que agoten todas las vías de solución pacífica de controversias, incluso la conciliación, la mediación y el recurso a órganos regionales”⁵⁸².

3) El párrafo 2 del proyecto de artículo 15 dispone que una controversia relativa a la interpretación o aplicación del presente proyecto de artículos que “no se solucione mediante negociación” se someterá a un mecanismo obligatorio de arreglo de controversias. Aunque no hay medios ni plazos prescritos para emprender esa negociación, los Estados deben intentar verdaderamente entablar negociaciones⁵⁸³ y no simplemente denunciar la conducta de otros Estados⁵⁸⁴. Si fracasa la negociación, la mayoría de los tratados que se ocupan de delitos tipificados en el derecho nacional obligan a los Estados demandantes a someterse a arbitraje antes de plantear la controversia ante la Corte Internacional de Justicia⁵⁸⁵. No

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2014 (fragmentos), párrs. 130 a 136.

⁵⁸¹ Véanse también la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 35, párr. 1, y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 15, párr. 1.

⁵⁸² Comité Especial encargado de Elaborar una Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional, *Documentos oficiales (travaux préparatoires) de la negociación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, décimo período de sesiones, Viena, 17 a 28 de julio de 2000 (A/AC.254/33), párr. 34.

⁵⁸³ Para un análisis de disposiciones similares, véanse *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)* [excepciones preliminares], fallo, *I.C.J. Reports 2011*, págs. 70 y ss., en especial pág. 132, párr. 157 (en el cual se concluye que se requiere “como mínimo, un intento auténtico de una de las partes en litigio de entablar conversaciones con la otra parte en litigio, con miras a resolver la controversia”); *ibid.*, pág. 133, párr. 159 (“la precondition de negociación solo se cumple cuando se ha producido el fracaso de las negociaciones, o cuando las negociaciones se han vuelto fútiles o se han estancado”); *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, págs. 422 y ss., en especial págs. 445 y 446, párr. 57 (“El requisito [...] no puede interpretarse como referencia a una imposibilidad teórica de llegar a una solución”), y *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)* [excepciones preliminares], fallo de 31 de diciembre de 1961, *I.C.J. Reports 1962*, págs. 319 y ss., en especial pág. 345 (el requisito implica que “no hay ninguna razón que permita pensar que nuevas negociaciones conducirán a una solución”).

⁵⁸⁴ Véase, por ejemplo, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)* [competencia y admisibilidad], fallo, *I.C.J. Reports 2006*, págs. 6 y ss., en especial págs. 40 y 41, párr. 91.

⁵⁸⁵ Véanse, por ejemplo, el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, art. 20, párr. 1; la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, art. 13, párr. 1; la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, art. 16, párr. 1; la Convención contra la Tortura, art. 30, párr. 1; la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, art. 22, párr. 1; el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, art. 20, párr. 1; el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, art. 24, párr. 1; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 35, párr. 2; el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 15, párr. 2, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 66, párr. 2. El artículo 22 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial exige someter la controversia en primer lugar al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el

obstante, la Comisión consideró apropiado, en el contexto del presente proyecto de artículos, que se ocupa de los crímenes de lesa humanidad, prever la posibilidad de recurrir directamente a la Corte Internacional de Justicia, a menos que ambos Estados convengan en someter el asunto a arbitraje. La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 prevé igualmente que se acuda directamente a la Corte Internacional de Justicia para arreglar las controversias⁵⁸⁶.

4) El párrafo 3 del proyecto de artículo 15 dispone que un “Estado podrá declarar que no se considera vinculado por el párrafo 2”, en cuyo caso otros “Estados no quedarán vinculados por el párrafo 2” respecto de dicho Estado. La mayoría de los tratados que se ocupan de delitos tipificados en el derecho interno y prevén el arreglo de controversias entre Estados permiten que los Estados partes opten por quedar excluidos del arreglo obligatorio de controversias⁵⁸⁷. Por ejemplo, el artículo 66, párrafo 3, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 dispone que “[c]ada Estado Parte podrá, en el momento de la firma, ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de la adhesión a ella, declarar que no se considera vinculado por el párrafo 2 del presente artículo. Los demás Estados Parte no quedarán vinculados por el párrafo 2 del presente artículo respecto de todo Estado Parte que haya hecho esa reserva”. Como se ha señalado anteriormente, actualmente la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 tiene 181 Estados partes, de los que 42 han formulado una reserva en la que declaran no considerarse vinculados por el párrafo 2 del artículo 66⁵⁸⁸.

5) El párrafo 4 del proyecto de artículo 15 dispone que “[t]odo Estado que haya hecho una declaración con arreglo al párrafo 3 del presente proyecto de artículo podrá retirar esa declaración en cualquier momento”. Tratados recientes que se ocupan de delitos tipificados en el derecho nacional y prevén el arreglo de controversias entre los Estados también contienen una disposición de este tipo⁵⁸⁹. Por ejemplo, el artículo 66, párrafo 4, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 dispone lo siguiente: “El Estado Parte que haya hecho una reserva de conformidad con el párrafo 3 del presente artículo podrá en cualquier momento retirar esa reserva notificándolo al Secretario General de las Naciones Unidas”.

6) Se señaló que el proyecto de artículos no debería incluir un artículo dedicado al arreglo de controversias, ya que formaba parte de la categoría de disposiciones finales que

cual a su vez puede plantear el asunto ante una comisión de conciliación especial (Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, arts. 11 a 13 y 22).

⁵⁸⁶ Convención contra el Genocidio, art. IX; véase también la Convención de la Organización de la Unidad Africana (OUA) sobre la Prevención y la Lucha contra el Terrorismo, art. 22, párr. 2.

⁵⁸⁷ Véanse, por ejemplo, el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, art. 12, párr. 2; la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, art. 13, párr. 2; la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, art. 16, párr. 2; la Convención contra la Tortura, art. 30, párr. 2; la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, art. 22, párr. 2; el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, art. 20, párr. 2; el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, art. 24, párr. 2; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 35, párr. 3; el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 15, párr. 3, y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 42, párr. 2.

⁵⁸⁸ La Unión Europea también formuló una declaración sobre el artículo 66, apartado 2, en la que afirmó: “En lo que respecta al artículo 66, apartado 2, la Comunidad señala que, con arreglo al artículo 34, apartado 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, solo los Estados pueden ser Partes ante esta Corte. Por lo tanto, de conformidad con el artículo 66, apartado 2, de la Convención, las controversias en que intervenga la Comunidad deberán someterse a arbitraje, que será el único sistema de solución de controversias aplicable”.

⁵⁸⁹ Véanse, por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 35, párr. 4; el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 15, párr. 4, y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 42, párr. 3.

la Comisión había decidido no incluir en el proyecto. Además, se dijo que el sistema de arreglo de controversias previsto en el proyecto de artículo 15 debería establecer la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia como hacía el artículo IX de la Convención contra el Genocidio.

Anexo

1. El presente proyecto de anexo se aplica de conformidad con el proyecto de artículo 14, párrafo 8.

Designación de una autoridad central

2. Cada Estado designará a una autoridad central encargada de recibir solicitudes de asistencia judicial recíproca y facultada para darles cumplimiento o para transmitir las a las autoridades competentes para su ejecución. Cuando alguna región o algún territorio especial de un Estado dispongan de un régimen distinto de asistencia judicial recíproca, el Estado podrá designar a otra autoridad central que desempeñará la misma función para dicha región o dicho territorio. Las autoridades centrales velarán por el rápido y adecuado cumplimiento o transmisión de las solicitudes recibidas. Cuando la autoridad central transmita la solicitud a una autoridad competente para su ejecución, alentará la rápida y adecuada ejecución de la solicitud por parte de dicha autoridad. Cada Estado notificará al Secretario General de las Naciones Unidas el nombre de la autoridad central que haya sido designada a tal fin. Las solicitudes de asistencia judicial recíproca y cualquier otra comunicación pertinente serán transmitidas a las autoridades centrales designadas por los Estados. La presente disposición no afectará al derecho de cualquiera de los Estados a exigir que estas solicitudes y comunicaciones le sean enviadas por vía diplomática y, en circunstancias urgentes, cuando los Estados convengan en ello, por conducto de la Organización Internacional de Policía Criminal, de ser posible.

Procedimientos para presentar una solicitud

3. Las solicitudes se presentarán por escrito o, cuando sea posible, por cualquier medio capaz de registrar un texto escrito, en un idioma aceptable para el Estado requerido, en condiciones que permitan a dicho Estado determinar la autenticidad. Cada Estado notificará al Secretario General de las Naciones Unidas el idioma o idiomas que le son aceptables. En situaciones de urgencia, y cuando los Estados convengan en ello, las solicitudes podrán hacerse oralmente, debiendo ser confirmadas sin demora por escrito.

4. Toda solicitud de asistencia judicial recíproca contendrá lo siguiente:

- a) la identidad de la autoridad que hace la solicitud;
- b) el objeto y la índole de las investigaciones, los procesos o las actuaciones judiciales a que se refiere la solicitud y el nombre y las funciones de la autoridad encargada de efectuar dichas investigaciones, procesos o actuaciones judiciales;
- c) un resumen de los hechos pertinentes, salvo cuando se trate de solicitudes de presentación de documentos judiciales;
- d) una descripción de la asistencia solicitada y pormenores sobre cualquier procedimiento particular que el Estado requirente desee que se aplique;
- e) de ser posible, la identidad, ubicación y nacionalidad de toda persona interesada; y
- f) la finalidad para la que se solicita la prueba, información o actuación.

5. El Estado requerido podrá pedir información adicional cuando sea necesaria para dar cumplimiento a la solicitud de conformidad con su derecho nacional o para facilitar dicho cumplimiento.

Respuesta a la solicitud por el Estado requerido

6. Se dará cumplimiento a toda solicitud con arreglo al derecho nacional del Estado requerido y, en la medida en que ello no lo contravenga y sea factible, de conformidad con los procedimientos especificados en la solicitud.

7. El Estado requerido cumplirá la solicitud de asistencia judicial recíproca lo antes posible y tendrá plenamente en cuenta, en la medida de sus posibilidades, los plazos que sugiera el Estado requirente y que estén debidamente fundamentados, de preferencia en la solicitud. El Estado requerido responderá a las solicitudes razonables que formule el Estado requirente respecto de la evolución del trámite de la solicitud. El Estado requirente informará con prontitud al Estado requerido cuando ya no necesite la asistencia solicitada.

8. La asistencia judicial recíproca podrá ser denegada:

a) cuando la solicitud no se haga de conformidad con lo dispuesto en el presente proyecto de anexo;

b) cuando el Estado requerido considere que el cumplimiento de lo solicitado podría menoscabar su soberanía, su seguridad, su orden público u otros intereses fundamentales;

c) cuando el derecho nacional del Estado requerido prohíba a sus autoridades actuar en la forma solicitada con respecto a un delito análogo, si este hubiera sido objeto de investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en el ejercicio de su propia competencia;

d) cuando acceder a la solicitud sea contrario al ordenamiento jurídico del Estado requerido en lo relativo a la asistencia judicial recíproca.

9. Toda denegación de asistencia judicial recíproca deberá fundamentarse debidamente.

10. La asistencia judicial recíproca podrá ser diferida por el Estado requerido si perturba investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en curso.

11. Antes de denegar una solicitud presentada con arreglo al párrafo 8 del presente proyecto de anexo o de diferir su cumplimiento con arreglo al párrafo 10 del presente proyecto de anexo, el Estado requerido consultará al Estado requirente para considerar si es posible prestar la asistencia solicitada supeditándola a las condiciones que estime necesarias. Si el Estado requirente acepta la asistencia con arreglo a esas condiciones, ese Estado deberá cumplir las condiciones impuestas.

12. El Estado requerido:

a) facilitará al Estado requirente una copia de los documentos oficiales y otros documentos o datos que obren en su poder y a los que, conforme a su derecho nacional, tenga acceso el público en general; y

b) podrá, a su arbitrio y con sujeción a las condiciones que juzgue apropiadas, proporcionar al Estado requirente una copia total o parcial de los documentos oficiales o de otros documentos o datos que obren en su poder y que, conforme a su derecho nacional, no estén al alcance del público en general.

Uso de la información por el Estado requirente

13. El Estado requirente no transmitirá ni utilizará, sin previo consentimiento del Estado requerido, la información o las pruebas proporcionadas por el Estado requerido para investigaciones, procesos o actuaciones judiciales distintos de los indicados en la solicitud. Nada de lo dispuesto en el presente párrafo impedirá que el Estado requirente revele, en sus actuaciones, información o pruebas que sean exculpatorias de una persona acusada. En este último caso, el Estado requirente notificará al Estado requerido antes de revelar la información o las pruebas y, si así se le solicita, consultará al Estado requerido. Si, en un caso excepcional, no es

posible notificar con antelación, el Estado requirente informará sin demora al Estado requerido de dicha revelación.

14. El Estado requirente podrá exigir que el Estado requerido mantenga reserva acerca de la existencia y el contenido de la solicitud, salvo en la medida necesaria para darle cumplimiento. Si el Estado requerido no puede mantener esa reserva, lo hará saber de inmediato al Estado requirente.

Testimonio de una persona desde el Estado requerido

15. Sin perjuicio de la aplicación del párrafo 19 del presente proyecto de anexo, el testigo, perito u otra persona que, a instancias del Estado requirente, consienta en prestar testimonio en un juicio o en colaborar en una investigación, proceso o actuación judicial en un territorio bajo la jurisdicción del Estado requirente no podrá ser enjuiciado, detenido, condenado ni sometido a ninguna otra restricción de su libertad personal en ese territorio por actos, omisiones o declaraciones de culpabilidad anteriores a la fecha en que abandonó el territorio bajo la jurisdicción del Estado requerido. Ese salvoconducto cesará cuando el testigo, perito u otra persona haya tenido, durante 15 días consecutivos o durante el período acordado por los Estados después de la fecha en que se le haya informado oficialmente de que las autoridades judiciales ya no requieran su presencia, la oportunidad de salir del territorio bajo la jurisdicción del Estado requirente y no obstante permanezca voluntariamente en ese territorio o regrese libremente a él después de haberlo abandonado.

16. Siempre que sea posible y compatible con los principios fundamentales del derecho nacional, cuando una persona se encuentre en un territorio bajo la jurisdicción de un Estado y tenga que prestar declaración como testigo o perito ante autoridades judiciales de otro Estado, el primer Estado, a solicitud del otro, podrá permitir que la audiencia se celebre por videoconferencia si no es posible o conveniente que la persona en cuestión comparezca personalmente en un territorio bajo la jurisdicción del Estado requirente. Los Estados podrán convenir en que la audiencia esté a cargo de una autoridad judicial del Estado requirente y en que asista a ella una autoridad judicial del Estado requerido.

Traslado para prestar testimonio de una persona detenida en el Estado requerido

17. La persona que se encuentre detenida o cumpliendo una condena en un territorio bajo la jurisdicción de un Estado y cuya presencia se solicite en otro Estado para fines de identificación, para prestar testimonio o para que ayude de alguna otra forma a obtener pruebas necesarias para investigaciones, procesos o actuaciones judiciales respecto de delitos comprendidos en el presente proyecto de artículos podrá ser trasladada si se cumplen las condiciones siguientes:

- a) la persona, debidamente informada, da su libre consentimiento; y
- b) las autoridades competentes de ambos Estados están de acuerdo, con sujeción a las condiciones que estos consideren apropiadas.

18. A los efectos del párrafo 17 del presente proyecto de anexo:

a) el Estado al que se traslade a la persona tendrá la competencia y la obligación de mantenerla detenida, salvo que el Estado del que ha sido trasladada solicite o autorice otra cosa;

b) el Estado al que se traslade a la persona cumplirá sin dilación su obligación de devolverla a la custodia del Estado del que ha sido trasladada, según convengan de antemano o de otro modo las autoridades competentes de ambos Estados;

c) el Estado al que se traslade a la persona no podrá exigir al Estado del que ha sido trasladada que inicie procedimientos de extradición para su devolución; y

d) el tiempo que la persona haya permanecido detenida en el Estado al que ha sido trasladada se computará como parte de la pena que ha de cumplir en el Estado del que ha sido trasladada.

19. A menos que el Estado desde el cual se ha de trasladar a una persona de conformidad con los párrafos 17 y 18 del presente proyecto de anexo esté de acuerdo, dicha persona, cualquiera que sea su nacionalidad, no podrá ser enjuiciada, detenida, condenada ni sometida a ninguna otra restricción de su libertad personal en un territorio bajo la jurisdicción del Estado al que sea trasladada en relación con actos, omisiones o condenas anteriores a su salida del territorio bajo la jurisdicción del Estado del que ha sido trasladada.

Gastos

20. Los gastos ordinarios que ocasione el cumplimiento de una solicitud serán sufragados por el Estado requerido, a menos que los Estados interesados hayan acordado otra cosa. Cuando se requieran a este fin gastos cuantiosos o de carácter extraordinario, los Estados se consultarán para determinar las condiciones en que se dará cumplimiento a la solicitud, así como la manera en que se sufragarán los gastos.

Comentario

1) El proyecto de artículo 14 es de aplicación a toda solicitud de asistencia judicial recíproca entre un Estado requirente y otro requerido. Como se indica en el proyecto de artículo 14, párrafo 8, el proyecto de anexo es de aplicación además a las solicitudes que se formulen en los casos en que entre el Estado requirente y el requerido no exista ningún tratado de asistencia judicial recíproca. Cuando exista un tratado de esa índole entre los dos Estados, estos podrán optar por aplicar el proyecto de anexo si ello facilita la cooperación.

2) El proyecto de anexo es parte integrante del proyecto de artículos. Por ello, el párrafo 1 del proyecto de anexo establece que el proyecto de anexo “se aplica de conformidad con el proyecto de artículo 14, párrafo 8”.

Designación de una autoridad central

3) En el párrafo 2 del proyecto de anexo se requiere que el Estado designe a una autoridad central encargada de tramitar las solicitudes de asistencia recibidas y enviadas y que notifique al Secretario General de las Naciones Unidas el nombre de la autoridad central elegida. Al designar a una “autoridad central”, lo más importante no es la ubicación geográfica de esta, sino su función institucional centralizada con respecto al Estado o a una región del mismo⁵⁹⁰. Este párrafo se basa en el artículo 46, párrafo 13, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003⁵⁹¹. En 2015, todos los Estados partes en esa Convención, excepto tres, habían designado una autoridad central⁵⁹².

Procedimientos para presentar una solicitud

4) En los párrafos 3 a 5 del proyecto de anexo se abordan los procedimientos por los cuales un Estado solicita asistencia judicial recíproca a otro Estado.

5) En el párrafo 3 del proyecto de anexo se establece que las solicitudes han de presentarse por escrito y en un idioma aceptable para el Estado requerido. Además, se obliga a cada Estado a que notifique al Secretario General de las Naciones Unidas el idioma o idiomas que le son aceptables. Este párrafo se basa en el artículo 46, párrafo 14, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003⁵⁹³.

⁵⁹⁰ A/55/383/Add.1, párr. 40.

⁵⁹¹ Véanse también Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, art. 7, párr. 8; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 18, párr. 13.

⁵⁹² *Estado de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, pág. 212.

⁵⁹³ Véanse también Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, art. 7, párr. 9; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia

6) En el párrafo 4 del proyecto de anexo se indican los elementos que han de incluirse en una solicitud de asistencia judicial recíproca, como la identidad de la autoridad que hace la solicitud, la finalidad para la que se solicita la prueba, información o actuación, y una exposición de los hechos pertinentes. Si bien esta disposición establece los requisitos mínimos de una solicitud de asistencia judicial recíproca, no debe interpretarse en el sentido de que impide la inclusión de otra información si esta agiliza o aclara el procedimiento. Este párrafo se basa en el artículo 46, párrafo 15, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003⁵⁹⁴.

7) El párrafo 5 del proyecto de anexo permite que el Estado requerido pida información adicional cuando sea necesaria para dar cumplimiento a la solicitud de conformidad con su derecho nacional o cuando resulte útil para ello. Con este párrafo se pretende abarcar un amplio abanico de situaciones, como aquellas en que la legislación nacional del Estado requerido necesite más información para que se pueda aprobar y dar cumplimiento a la solicitud o en que el Estado requerido necesite nueva información u orientación del Estado requirente sobre cómo proceder con una investigación determinada⁵⁹⁵. Este párrafo se basa en el artículo 46, párrafo 16, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003⁵⁹⁶.

Respuesta a la solicitud por el Estado requerido

8) En los párrafos 6 a 12 del proyecto de anexo se aborda la respuesta del Estado requerido a la solicitud de asistencia judicial recíproca.

9) En el párrafo 6 del proyecto de anexo se establece que “[s]e dará cumplimiento a toda solicitud con arreglo al derecho nacional del Estado requerido” y, en la medida en que ello no lo contravenga y sea factible, “de conformidad con los procedimientos especificados en la solicitud”. Esta disposición se ha concebido específicamente para abordar únicamente el proceso con arreglo al cual el Estado da cumplimiento a la solicitud; no se ocupa de los motivos para negarse a responder a una solicitud, que se abordan en el párrafo 8 del proyecto de anexo. El párrafo se basa en el artículo 46, párrafo 17, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003⁵⁹⁷.

10) En el párrafo 7 del proyecto de anexo se establece que la solicitud deberá tramitarse lo antes posible, teniendo en cuenta los plazos sugeridos por el Estado requirente, y que el Estado requerido deberá mantener razonablemente informado al Estado requirente sobre la evolución en la tramitación de la solicitud. Leído conjuntamente con el párrafo 6, el párrafo 7 obliga al Estado requerido a que dé cumplimiento a las solicitudes de asistencia judicial recíproca de manera eficiente y oportuna. Asimismo, el párrafo 7 debe entenderse teniendo presente la posibilidad de un aplazamiento por el motivo enunciado en el párrafo 10. El párrafo 7 se basa en el artículo 46, párrafo 24, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003⁵⁹⁸.

11) El párrafo 8 del proyecto de anexo indica cuatro circunstancias en las que una solicitud de asistencia judicial recíproca podrá ser denegada, y está basado en el artículo 46,

Organizada Transnacional, art. 18, párr. 14; *Estado de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, págs. 213 y 214.

⁵⁹⁴ Véanse también Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, art. 7, párr. 10; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 18, párr. 15; *Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas*, pág. 155, párr. 7.33.

⁵⁹⁵ *Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas*, pág. 155, párr. 7.34.

⁵⁹⁶ Véase también Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, art. 7, párr. 11; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 18, párr. 16.

⁵⁹⁷ Véanse también Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, art. 7, párr. 12; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 18, párr. 17.

⁵⁹⁸ Véase también Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 18, párr. 24.

párrafo 21, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003⁵⁹⁹. En el apartado a) se permite que el Estado requerido deniegue la asistencia judicial recíproca cuando la solicitud no se ajuste a los requisitos del proyecto de anexo. En el apartado b) se permite que el Estado requerido se niegue a prestar asistencia judicial recíproca “cuando el Estado requerido considere que el cumplimiento de lo solicitado podría menoscabar su soberanía, su seguridad, su orden público u otros intereses fundamentales”. En el apartado c) se permite que se deniegue la asistencia judicial recíproca “cuando el derecho nacional del Estado requerido prohíba a sus autoridades actuar en la forma solicitada con respecto a un delito análogo” si está siendo objeto de un proceso en el Estado requerido. En el apartado d) se permite que el Estado requerido deniegue la asistencia judicial recíproca cuando acceder a la solicitud sea contrario al ordenamiento jurídico del Estado requerido. La Comisión consideró la posibilidad de añadir un nuevo motivo de denegación basado en el principio de no discriminación, pero decidió que los motivos existentes (especialmente los recogidos en los apartados b) y d)) eran suficientemente generales para abarcarlo. Entre otras cosas, se señaló que la propuesta de añadir ese nuevo motivo se había contemplado durante la redacción de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000, pero no se incluyó por considerar que ya estaba comprendido en el apartado b)⁶⁰⁰.

12) En el párrafo 9 del proyecto de anexo se establece que “[t]oda denegación de asistencia judicial recíproca deberá fundamentarse debidamente”. Con ese requisito se asegura que el Estado requirente entienda el porqué del rechazo de la solicitud, facilitándose así una mejor comprensión de las limitaciones que existen no solo en relación con esa solicitud, sino también con otras futuras. Este párrafo se basa en el artículo 46, párrafo 23, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003⁶⁰¹.

13) En el párrafo 10 del proyecto de anexo se dispone que la asistencia judicial recíproca “podrá ser diferida por el Estado requerido si perturba investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en curso”. Esta disposición permite que el Estado requerido disponga de cierta flexibilidad para diferir la presentación de información en caso de que sea necesario para que no se vean afectados una investigación o un procedimiento que estén llevándose a cabo en ese Estado. El párrafo se basa en el artículo 46, párrafo 25, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003⁶⁰².

14) El párrafo 11 del proyecto de anexo obliga al Estado requerido a que, antes de denegar una solicitud, “consulte al Estado requirente para considerar si es posible prestar la asistencia solicitada supeditándola a las condiciones que estime necesarias. Si el Estado requirente acepta la asistencia con arreglo a esas condiciones, ese Estado deberá cumplir las condiciones impuestas”. En ocasiones, el motivo de la denegación puede ser una cuestión meramente técnica que el Estado requirente podría resolver fácilmente, en cuyo caso las consultas ayudarán a aclarar la cuestión y a que pueda procederse con la solicitud. En una formulación de este párrafo recogida en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, de 1988, solo se indica que

⁵⁹⁹ Véanse también Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, art. 7, párr. 15; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 18, párr. 21; Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal (Estrasburgo, 20 de abril de 1959), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 472, núm. 6841, pág. 185, art. 2; Tratado Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales, art. 4, párr. 1. Para comentarios al respecto, véase Consejo de Europa, *Explanatory report to the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters*, documento 20.IV.1969, pág. 4; *Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas*, págs. 159 y 160, párrs. 7.49 a 7.51; A/55/383/Add.1, párr. 42.

⁶⁰⁰ Véase A/55/383/Add.1, párr. 42.

⁶⁰¹ Véanse también Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, art. 7, párr. 16; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 18, párr. 23; Tratado Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales, art. 4, párr. 5.

⁶⁰² Véase también Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, art. 7, párr. 17; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 18, párr. 25; Tratado Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales, art. 4, párr. 3.

deben celebrarse consultas sobre un posible aplazamiento de solicitudes de asistencia judicial recíproca⁶⁰³. No obstante, en la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000, se amplía la aplicación de esta disposición, de modo que también incluye la denegación de asistencia⁶⁰⁴. Este planteamiento se reprodujo en el artículo 46, párrafo 26, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003⁶⁰⁵, en el cual se basa el párrafo 11.

15) En el párrafo 12 del proyecto de anexo se aborda la facilitación por el Estado requerido al Estado requirente de documentos oficiales y otros documentos o datos, indicándose que el Estado requerido “facilitará” la información de acceso público, mientras que “podrá” proporcionar los datos que no estén al alcance del público en general. Ese enfoque alienta a que los Estados requeridos faciliten información confidencial, si bien no lo exige. El párrafo se basa en el artículo 46, párrafo 29, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003⁶⁰⁶.

Uso de la información por el Estado requirente

16) En los párrafos 13 y 14 del proyecto de anexo se aborda el uso de la información recibida por el Estado requirente del Estado requerido.

17) En virtud del párrafo 13 del proyecto de anexo se prohíbe que el Estado requirente transmita la información a un tercero, por ejemplo, otro Estado, y que utilice, “sin previo consentimiento del Estado requerido”, la información “para investigaciones, procesos o actuaciones judiciales distintos de los indicados en la solicitud”. Como se señaló en relación con el párrafo 4 del proyecto de anexo, el Estado requirente ha de indicar en su solicitud “la finalidad para la que se solicita la prueba, información o actuación”. Asimismo, cuando la información recibida por el Estado requirente sea exculpativa de una persona acusada, el Estado requirente podrá revelar la información a esa persona (dado que puede estar obligado a hacerlo en virtud de su legislación nacional), después de notificarlo con antelación al Estado requerido cuando sea posible. Este párrafo se basa en el artículo 46, párrafo 19, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003⁶⁰⁷.

18) El párrafo 14 del proyecto de anexo permite que el Estado requirente exija que el Estado requerido mantenga reserva acerca de la existencia y el contenido de la solicitud, salvo en la medida necesaria para darle cumplimiento. Este párrafo se basa en el artículo 46, párrafo 20, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003⁶⁰⁸.

⁶⁰³ Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, art. 7, párr. 17.

⁶⁰⁴ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 18, párr. 26.

⁶⁰⁵ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 46, párr. 26 (“Antes de denegar una solicitud presentada con arreglo al párrafo 21 del presente artículo o de diferir su cumplimiento con arreglo al párrafo 25 del presente artículo, el Estado Parte requerido consultará al Estado Parte requirente para considerar si es posible prestar la asistencia solicitada supeditándola a las condiciones que estime necesarias. Si el Estado Parte requirente acepta la asistencia con arreglo a esas condiciones, ese Estado Parte deberá cumplir las condiciones impuestas”).

⁶⁰⁶ Véase también Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 18, párr. 29.

⁶⁰⁷ Véanse también Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, art. 7, párr. 13; Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, art. 12, párr. 3; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 18, párr. 19. Para comentarios, véase *Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas*, pág. 157, párr. 7.43.

⁶⁰⁸ Véanse también Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 18, párr. 20; Tratado Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales, art. 9.

Testimonio de una persona desde el Estado requerido

19) En los párrafos 15 y 16 del proyecto de anexo se abordan los procedimientos para que un Estado requirente obtenga el testimonio de una persona que se encuentre en el Estado requerido.

20) El párrafo 15 del proyecto de anexo es esencialmente una disposición de “salvoconducto” que impide que una persona que viaje del Estado requerido al Estado requirente sea enjuiciada, detenida o castigada, o que vea restringida de otro modo su libertad por el Estado requirente mientras que presta testimonio en relación con actos que tuvieron lugar antes de la salida de la persona del Estado requerido. Como se indica en el párrafo 15, esa protección no se extiende a los actos cometidos después de la salida de la persona ni se prolonga indefinidamente después de que esta haya prestado testimonio. Este párrafo se basa en el artículo 46, párrafo 27, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003⁶⁰⁹.

21) En el párrafo 16 del proyecto de anexo se aborda la cuestión del testimonio de testigos mediante videoconferencia, una tecnología con una buena relación costo-eficacia que es cada vez más común. Si bien el testimonio por videoconferencia no es obligatorio, si “no es posible o conveniente que la persona en cuestión comparezca personalmente en un territorio bajo la jurisdicción del Estado requirente”, el Estado requerido podrá permitir que la audiencia se celebre por videoconferencia. No obstante, eso solo ocurrirá cuando sea “posible y compatible con los principios fundamentales del derecho nacional”, una cláusula que se refiere tanto a la legislación del Estado requirente como a la del requerido. Este párrafo se basa en el artículo 46, párrafo 18, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003⁶¹⁰. En el informe de 2015 sobre la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003, se indica que esta disposición se usa de forma generalizada:

La audiencia de testigos y peritos por videoconferencia ha demostrado ser un instrumento que ahorra tiempo y gastos en el contexto de la asistencia judicial recíproca y puede ayudar a superar dificultades prácticas, por ejemplo, cuando la persona cuyo testimonio se solicita no puede o no está dispuesta a viajar al país extranjero para prestar testimonio. Por lo tanto, se registra una aceptación y un uso crecientes de esta medida por las autoridades competentes⁶¹¹.

Traslado para prestar testimonio de una persona detenida en el Estado requerido

22) En los párrafos 17 a 19 del proyecto de anexo se aborda la situación en que un Estado requirente pretende el traslado desde el Estado requerido de una persona que se encuentre detenida o cumpliendo condena en este.

23) El párrafo 17 del proyecto de anexo prevé el traslado de una persona que esté bajo la custodia del Estado requerido al Estado requirente cuando esa persona dé “su libre consentimiento” y las “autoridades competentes” del Estado requirente y del Estado requerido estén de acuerdo en el traslado. Debe entenderse que la disposición se aplica a las personas que se encuentren bajo custodia en el marco de actuaciones penales o por estar cumpliendo condena, las que estén realizando trabajos comunitarios obligatorios o las que se encuentren confinadas en determinadas zonas en aplicación de un régimen de libertad condicional. Aunque el testimonio puede ser el motivo principal de esos traslados, la disposición también abarca, de manera general, los traslados para cualquier tipo de asistencia que se pretenda de esa persona en “investigaciones, procesos o actuaciones

⁶⁰⁹ Véanse también Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 18, párr. 27; Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, art. 7, párr. 18; Tratado Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales, art. 15; Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, art. 12; *Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas*, pág. 161, párr. 7.55.

⁶¹⁰ Véanse también Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 18, párr. 18; *A/55/383/Add.1*, párr. 41; *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, pág. 185, párr. 629.

⁶¹¹ *Estado de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, pág. 215.

judiciales”. Este párrafo se basa en el artículo 46, párrafo 10, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003⁶¹².

24) En el párrafo 18 del proyecto de anexo se describe la obligación del Estado requirente de mantener bajo custodia a la persona trasladada, a menos que se acuerde otra cosa, y de devolverla al Estado requerido de conformidad con el acuerdo de traslado, sin que el Estado requerido tenga que iniciar un procedimiento de extradición. Este párrafo también recoge la obligación de que el Estado requerido compute el tiempo que haya permanecido bajo custodia la persona trasladada en el Estado requirente. Este párrafo se basa en el artículo 46, párrafo 11, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003⁶¹³.

25) El párrafo 19 del proyecto de anexo es similar a la disposición de “salvoconducto” del párrafo 15, en virtud de la cual una persona trasladada goza de protección frente al enjuiciamiento, la reclusión, el castigo u otra restricción de la libertad por parte del Estado requirente, durante su presencia en este, en relación con actos que tuvieran lugar antes de la salida de la persona del Estado requerido. No obstante, el párrafo 19 permite al Estado requerido aceptar que el Estado requirente emprenda esas acciones. Además, esta disposición ha de leerse conjuntamente con el párrafo 18, que obliga al Estado requirente a mantener bajo custodia a la persona trasladada, salvo que se acuerde otra cosa, en razón de su privación de libertad o su condena en el Estado requerido. Este párrafo se basa en el artículo 46, párrafo 12, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003⁶¹⁴.

Gastos

26) En el párrafo 20 del proyecto de anexo se aborda la cuestión de los costos y se afirma, entre otras cosas, que “[l]os gastos ordinarios que ocasione el cumplimiento de una solicitud serán sufragados por el Estado requerido, a menos que los Estados interesados hayan acordado otra cosa”. En la segunda frase de la disposición se prevé la posibilidad de que los Estados consulten entre sí cuando los gastos para cumplir con la solicitud sean “cuantiosos o de carácter extraordinario”. Este párrafo se basa en el artículo 46, párrafo 28, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003⁶¹⁵.

27) En varios comentarios o notas interpretativas sobre disposiciones similares de otros tratados se ofrecen orientaciones sobre el significado de esta disposición. Por ejemplo, en los comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, de 1988, se establece lo siguiente:

Esta norma aboga por la simplicidad, evitando tener que llevar una contabilidad compleja, y se basa en la noción de que a lo largo del tiempo habrá un equilibrio general entre los Estados que a veces son la parte requirente y a veces la parte requerida. En la práctica, sin embargo, ese equilibrio no siempre se mantiene, ya que la corriente de peticiones entre pares determinados de partes puede ser en gran parte en una sola dirección. Por este motivo, las palabras finales de la primera

⁶¹² Véanse también Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, art. 16, párr. 1; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 18, párr. 10; A/55/383/Add.1, párr. 39.

⁶¹³ Véanse también Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, art. 16, párr. 2; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 18, párr. 11.

⁶¹⁴ Véanse también Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, art. 16, párr. 3; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 18, párr. 12.

⁶¹⁵ Véanse también Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, art. 7, párr. 19; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 18, párr. 28; Tratado Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales, art. 19.

oración permiten a las partes acordar una desviación de la regla general, aun respecto de los costos ordinarios⁶¹⁶.

28) En una nota a pie de página en el Tratado Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales de las Naciones Unidas, de 1990, se indica:

[Por ejemplo,] correrán a cargo del Estado requerido los gastos ordinarios que entrañen el cumplimiento de las solicitudes de asistencia, pese a lo cual el Estado requirente sufragará: a) los gastos excepcionales o extraordinarios que sea necesario efectuar para dar cumplimiento a la solicitud, cuando así lo exija el Estado requerido y previa celebración de consultas; b) los gastos que entrañe el traslado de una persona a o desde el territorio del Estado requerido, así como los honorarios, subsidios o gastos que hayan de abonarse a esa persona mientras se encuentre en el Estado requirente...; c) los gastos que entrañe el traslado de los funcionarios encargados de custodiar o acompañar a la persona; y d) los gastos en concepto de informes de expertos⁶¹⁷.

29) En una nota interpretativa de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000, se establece:

En los *travaux préparatoires* se indicará que muchos de los gastos que entrañe el cumplimiento de las solicitudes [en relación con el traslado de personas o con videoconferencias] por lo general se considerarían extraordinarios. Además, en los *travaux préparatoires* debe constar el entendimiento de que los países en desarrollo tal vez tengan dificultades para sufragar incluso algunos gastos ordinarios, por lo que debería prestárseles asistencia adecuada para que puedan cumplir las disposiciones de este artículo⁶¹⁸.

30) Por último, según los *travaux préparatoires* de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003:

Asimismo, en los *travaux préparatoires* se consignará el entendimiento de que los países en desarrollo podrían tener dificultades para sufragar incluso algunos gastos ordinarios y deberían recibir asistencia adecuada para que puedan cumplir los requisitos previstos en este artículo⁶¹⁹.

⁶¹⁶ *Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas*, pág. 162, párr. 7.57.

⁶¹⁷ Tratado Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales, art. 19, nota 124.

⁶¹⁸ *A/55/383/Add.1*, párr. 43.

⁶¹⁹ Notas interpretativas para los documentos oficiales (*travaux préparatoires*) de la negociación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (*A/58/422/Add.1*), párr. 44.

Capítulo V

Aplicación provisional de los tratados

A. Introducción

47. En su 64º período de sesiones (2012), la Comisión decidió incluir el tema “Aplicación provisional de los tratados” en su programa de trabajo y nombró Relator Especial para el tema al Sr. Juan Manuel Gómez Robledo⁶²⁰. Posteriormente, en su resolución 67/92, de 14 de diciembre de 2012, la Asamblea General observó con aprecio la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo.

48. El Relator Especial ha presentado hasta ahora cuatro informes⁶²¹, que la Comisión examinó en sus períodos de sesiones 65º a 68º (2013 a 2016), respectivamente. La Comisión tuvo también ante sí dos memorandos, preparados por la Secretaría, en sus períodos de sesiones 65º (2013) y 67º (2015), respectivamente⁶²².

49. Sobre la base de los proyectos de directriz propuestos por el Relator Especial en sus informes tercero y cuarto, la Comisión, en su 68º período de sesiones (2016), tomó nota de los proyectos de directriz 1 a 4 y 6 a 9 aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción. Por falta de tiempo, se decidió examinar los proyectos de directriz 5 y 10 en el próximo período de sesiones.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

50. En su 3349ª sesión, celebrada el 2 de mayo de 2017, la Comisión decidió volver a remitir los proyectos de directriz 1 a 4 y 6 a 9 al Comité de Redacción al objeto de disponer de un conjunto consolidado de los proyectos de directriz que ya habían sido aprobados provisionalmente por el Comité.

51. En sus sesiones 3357ª y 3382ª, celebradas los días 12 de mayo y 26 de julio de 2017, respectivamente, la Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de directriz 1 a 11 presentados por el Comité de Redacción en sus dos informes sobre el tema en el actual período de sesiones (véase la sección C.1 *infra*)⁶²³.

52. El grupo de trabajo establecido en la 3357ª sesión, celebrada el 12 de mayo de 2017, para examinar los proyectos de comentario a los proyectos de directriz sobre la aplicación provisional de los tratados celebró dos reuniones, el 18 y el 29 de mayo de 2017, respectivamente.

53. En su 3386ª sesión, celebrada el 2 de agosto de 2017, la Comisión aprobó los comentarios a los proyectos de directriz aprobados provisionalmente en el actual período de sesiones (véase la sección C.2 *infra*).

54. La Comisión también tuvo ante sí otro memorando, elaborado por la Secretaría, en que se examina la práctica de los Estados respecto de los tratados (bilaterales y multilaterales) depositados o registrados en los últimos 20 años en poder del Secretario General que prevén su aplicación provisional, incluida las medidas convencionales relacionadas con ellas⁶²⁴. El examen del memorando se aplazó hasta el próximo período de sesiones de la Comisión.

⁶²⁰ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/67/10)*, párr. 267.

⁶²¹ [A/CN.4/664](#) (primer informe), [A/CN.4/675](#) (segundo informe), [A/CN.4/687](#) (tercer informe) y [A/CN.4/699](#) y [Add.1](#) (cuarto informe).

⁶²² [A/CN.4/658](#) y [A/CN.4/676](#).

⁶²³ [A/CN.4/L.895](#).

⁶²⁴ [A/CN.4/707](#).

C. Texto de los proyectos de directriz sobre la aplicación provisional de los tratados aprobados provisionalmente hasta el momento por la Comisión

1. Texto de los proyectos de directriz

55. El texto de los proyectos de directriz aprobados provisionalmente por la Comisión hasta el momento figura a continuación.

Directriz 1

Ámbito de aplicación

El presente proyecto de directrices se refiere a la aplicación provisional de los tratados.

Directriz 2

Objeto

El objeto del presente proyecto de directrices es proporcionar orientación sobre el derecho y la práctica relativos a la aplicación provisional de los tratados, tomando como base el artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y otras normas de derecho internacional.

Directriz 3

Regla general

Un tratado o una parte de un tratado podrán ser aplicados provisionalmente, antes de su entrada en vigor entre los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate, si el propio tratado así lo dispone o si se ha convenido en ello de otro modo.

Directriz 4

Forma del acuerdo

Además del caso en que el tratado así lo disponga, la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado podrá convenirse mediante:

- a) un tratado distinto; o
- b) cualquier otro medio o arreglo, incluidas una resolución aprobada por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental, o una declaración de un Estado o una organización internacional que sea aceptada por los otros Estados u organizaciones internacionales de que se trate.

Directriz 5

Comienzo de la aplicación provisional

La aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado, antes de su entrada en vigor entre los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate, comenzará en la fecha y con arreglo a las condiciones y los procedimientos que establezca el tratado o se acuerden de otro modo.

Directriz 6

Efectos jurídicos de la aplicación provisional

La aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado producirá los mismos efectos jurídicos que si el tratado estuviese en vigor entre los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate, a menos que el tratado disponga otra cosa o se haya convenido de otro modo.

Directriz 7
Responsabilidad en caso de violación

La violación de una obligación que emana de un tratado o de una parte de un tratado aplicados provisionalmente genera responsabilidad internacional de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables.

Directriz 8
Terminación en el momento de la notificación de la intención de no llegar a ser parte

A menos que el tratado disponga otra cosa o se haya convenido de otro modo, la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado respecto de un Estado o una organización internacional termina si ese Estado o esa organización internacional notifica a los otros Estados o las otras organizaciones internacionales entre los cuales el tratado o una parte del tratado se aplican provisionalmente su intención de no llegar a ser parte en el tratado.

Directriz 9
Derecho interno de los Estados o reglas de las organizaciones internacionales y observancia de los tratados aplicados provisionalmente

1. Un Estado que haya convenido en la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de una obligación que emane de tal aplicación provisional.

2. Una organización internacional que haya convenido en la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado no podrá invocar las reglas de la organización como justificación del incumplimiento de una obligación que emane de tal aplicación provisional.

Directriz 10
Disposiciones de derecho interno de los Estados o reglas de las organizaciones internacionales concernientes a la competencia para convenir en la aplicación provisional de los tratados

1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en aplicar provisionalmente un tratado o una parte de un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para convenir en la aplicación provisional de los tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

2. El hecho de que el consentimiento de una organización internacional en aplicar provisionalmente un tratado o una parte de un tratado haya sido manifestado en violación de las reglas de la organización concernientes a la competencia para convenir en la aplicación provisional de los tratados no podrá ser alegado por dicha organización como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una regla de importancia fundamental.

Directriz 11
Acuerdo relativo a la aplicación provisional con las limitaciones derivadas del derecho interno de los Estados o de las reglas de las organizaciones internacionales

El presente proyecto de directrices se aplicará sin perjuicio del derecho de un Estado o una organización internacional de convenir en el propio tratado o de otro modo en la aplicación provisional del tratado o de una parte del tratado con las limitaciones derivadas del derecho interno del Estado o de las reglas de la organización.

2. Texto de los proyectos de directriz, con sus comentarios, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 69º período de sesiones

56. El texto de los proyectos de directriz, con sus comentarios, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 69º período de sesiones figura a continuación.

Aplicación provisional de los tratados

Comentario general

1) El propósito del proyecto de directrices es prestar asistencia a los Estados, las organizaciones internacionales y otros interesados sobre el derecho y la práctica relativos a la aplicación provisional de los tratados⁶²⁵. Estos pueden encontrar dificultades, entre otras cosas, en lo que respecta a la forma del acuerdo de aplicar provisionalmente un tratado o una parte de un tratado, el comienzo y la terminación de la aplicación provisional, y sus efectos jurídicos. El objetivo del proyecto de directrices es dirigir a los Estados, las organizaciones internacionales y otros interesados hacia respuestas que se ajusten a las normas existentes o a las soluciones que parezcan más apropiadas para la práctica contemporánea.

2) Aunque no es jurídicamente vinculante como tal, el proyecto de directrices refleja normas de derecho internacional existentes. Se basa principalmente en el artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (la “Convención de Viena de 1969”)⁶²⁶ y de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986 (la “Convención de Viena de 1986”)⁶²⁷, que trata de aclarar y explicar, así como en la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales al respecto, sin perjuicio de otras normas de derecho internacional.

3) Es, por supuesto, imposible abordar todas las cuestiones que pueden surgir en la práctica y abarcar la gran diversidad de situaciones con que pueden encontrarse los Estados y las organizaciones internacionales. No obstante, ello está en consonancia con uno de los principales objetivos del presente proyecto de directrices, que es mantener la flexibilidad de la aplicación provisional de los tratados⁶²⁸ y evitar toda tentación de ser excesivamente prescriptivo. Así pues, el proyecto de directrices permite a los Estados y las organizaciones internacionales dejar a un lado, de mutuo acuerdo, las prácticas recogidas en algunos proyectos de directriz si deciden otra cosa.

4) El proyecto de directrices también debe contribuir a promover el uso uniforme de los términos y, de ese modo, evitar confusiones. El empleo generalizado de expresiones⁶²⁹ como “entrada en vigor provisional” por oposición a “entrada en vigor definitiva” ha dado lugar a cierta confusión acerca del alcance y los efectos jurídicos del concepto de aplicación provisional de los tratados. En la misma línea, con bastante frecuencia, los tratados no utilizan el adjetivo “provisional”, sino que hablan, en su lugar, de aplicación “temporal” o “interina”⁶³⁰. Por ello, el marco del artículo 25 de las Convenciones de Viena de 1969 y

⁶²⁵ Como siempre ocurre con la labor de la Comisión, el proyecto de directrices ha de leerse con los comentarios.

⁶²⁶ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, núm. 18232, pág. 331.

⁶²⁷ A/CONF.129/15 (aún no en vigor).

⁶²⁸ Véase A/CN.4/664, párrs. 28 a 30.

⁶²⁹ A este respecto, véase el análisis que figura en *The Treaty, Protocols, Conventions and Supplementary Acts of the Economic Community of West African States (ECOWAS), 1975-2010* (Abuja, Ministerio de Relaciones Exteriores de Nigeria), 2011. Se trata de una recopilación de 59 tratados celebrados bajo los auspicios de la Comunidad en la que se puede observar que solo 11 de esos 59 tratados no prevén la aplicación provisional (véase A/CN.4/699, párrs. 168 a 174).

⁶³⁰ Véanse el párrafo 33 de la nota de la República Federativa de Yugoslavia en el Canje de Notas Constitutivo de Acuerdo entre las Naciones Unidas y la República Federativa de Yugoslavia relativo a la Situación de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en la República Federativa de Yugoslavia (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2042, núm. 35283, pág. 23, y *Anuario Jurídico de las Naciones Unidas, 1998* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.03.V.5), en especial pág. 125); el artículo 15 del Acuerdo entre Belarús e Irlanda relativo a las Condiciones de Recuperación de los Ciudadanos Menores de Edad de la

1986, si bien constituye la base jurídica de la cuestión⁶³¹, ha sido criticado por ser difícil de comprender⁶³² y carecer de precisión jurídica⁶³³. La intención del presente proyecto de directrices es proporcionar una mayor claridad a ese respecto.

5) El propósito de la aplicación provisional es conferir efecto inmediato a todas o algunas de las disposiciones de un tratado sin esperar a que se cumplan todos los requisitos nacionales e internacionales para su entrada en vigor⁶³⁴. Se trata de un mecanismo que permite a los Estados y las organizaciones internacionales conferir efecto jurídico a un tratado o una parte de un tratado aplicando sus disposiciones ante la necesidad creada por ciertos actos, acontecimientos o situaciones antes de que haya entrado en vigor⁶³⁵. El concepto se ha definido como “la aplicación de un tratado y la adhesión vinculante a sus términos antes de su entrada en vigor”⁶³⁶, y como “una forma simplificada de lograr la aplicación de un tratado, o de algunas disposiciones, por un período limitado”⁶³⁷. La aplicación provisional es de utilidad, por ejemplo, cuando el objeto de tratado entraña cierta urgencia o cuando los Estados negociadores o las organizaciones internacionales negociadoras quieren fomentar la confianza⁶³⁸, entre otros objetivos⁶³⁹.

6) Se adjunta a estos comentarios una bibliografía indicativa*.

Directriz 1 **Ámbito de aplicación**

El presente proyecto de directrices se refiere a la aplicación provisional de los tratados.

Comentario

1) El proyecto de directriz 1 se refiere al ámbito de aplicación del proyecto de directrices. Dado que establece los parámetros previstos del proyecto de directrices, la disposición debe leerse conjuntamente con el proyecto de directriz 2, que enuncia el propósito del proyecto de directrices.

2) La expresión “se refiere” se consideró más adecuada para un texto cuya finalidad es proporcionar orientación a los Estados y las organizaciones internacionales que otras formulaciones como “se aplica a”, que es más frecuente en textos que establecen normas aplicables a los Estados y otros sujetos de derecho internacional.

3) La Comisión decidió no incluir otros calificativos que limitaran a los Estados el ámbito de aplicación *ratione personae* del proyecto de directrices. En lugar de ello, el proyecto de directrices también se aplica a las organizaciones internacionales, como se

República de Belarús en Irlanda (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2679, núm. 47597, pág. 65, en especial pág. 79); y el artículo 16 del Acuerdo entre el Gobierno de Malasia y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) relativo al Establecimiento del Centro Mundial de Servicios Compartidos del PNUD (*ibid.*, vol. 2794, núm. 49154, pág. 67). Véase el memorando de la Secretaría sobre los orígenes del artículo 25 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 ([A/CN.4/658](#) y [A/CN.4/676](#)).

⁶³¹ Véase A. Q. Mertsch, *Provisionally Applied Treaties: Their Binding Force and Legal Nature* (Leiden, Brill, 2012), pág. 22.

⁶³² Véase A. Geslin, *La mise en application provisoire des traités* (París, Éditions A. Pedone, 2005), pág. 111.

⁶³³ Véase M. A. Rogoff y B. E. Gauditz, “The provisional application of international agreements”, *Maine Law Review*, vol. 39 (1987), núm. 1, pág. 41.

⁶³⁴ Véase D. Mathy, “Article 25”, en *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. I, O. Corten y P. Klein (eds.) (Oxford, Oxford University Press, 2011), pág. 640.

⁶³⁵ Véase Mertsch, *Provisionally Applied Treaties* (véase la nota 631 *supra*).

⁶³⁶ R. Lefeber, “Treaties, provisional application”, en *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 10, R. Wolfrum (ed.) (Oxford, Oxford University Press, 2012), pág. 1.

⁶³⁷ Véase M. E. Villager, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Leiden y Boston, Martinus Nijhoff, 2009), pág. 354.

⁶³⁸ Véase H. Krieger, “Article 25”, en *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, O. Dörr y K. Schmalenbach (eds.) (Heidelberg y Nueva York, Springer, 2012), pág. 408.

⁶³⁹ Véase [A/CN.4/664](#), párrs. 25 a 35.

* Se publicará más adelante.

desprende claramente de la referencia común a “los Estados o las organizaciones internacionales” en los proyectos de directriz 5, 6, 7, 9⁶⁴⁰, 10 y 11. Esto concuerda con el hecho de que la aplicación provisional de los tratados esté prevista en el artículo 25 de las Convenciones de Viena de 1969⁶⁴¹ y 1986⁶⁴².

Directriz 2

Objeto

El objeto del presente proyecto de directrices es proporcionar orientación sobre el derecho y la práctica relativos a la aplicación provisional de los tratados, tomando como base el artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y otras normas de derecho internacional.

Comentario

- 1) El proyecto de directriz 2 se refiere al objeto del proyecto de directrices y sigue la práctica de la Comisión de incluir este tipo de disposiciones en sus textos con miras a aclarar la finalidad del texto de que se trate. En el presente caso, el objeto del proyecto de directrices es proporcionar orientación a los Estados y las organizaciones internacionales sobre el derecho y la práctica relativos a la aplicación provisional de los tratados.
- 2) El propósito del proyecto de directriz 2 es subrayar el hecho de que las directrices se basan en la Convención de Viena de 1969 y en otras normas de derecho internacional, incluida la Convención de Viena de 1986.
- 3) El proyecto de directriz 2 sirve para confirmar el enfoque básico adoptado en todo el proyecto de directrices, a saber, que el artículo 25 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 no refleja necesariamente todos los aspectos de la práctica contemporánea relativa a la aplicación provisional de los tratados. Así se desprende de la decisión de incluir una referencia al “derecho y la práctica” relativos a la aplicación provisional de los tratados. También se alude a ese enfoque en la referencia a “otras normas de derecho internacional”, que refleja el entendimiento en la Comisión de que otras normas de derecho internacional, como las de carácter consuetudinario, pueden ser aplicables también a la aplicación provisional de los tratados.

⁶⁴⁰ La función que puede desempeñar una organización internacional o una conferencia internacional en un acuerdo de aplicar provisionalmente un tratado o una parte de un tratado se aborda en el proyecto de directriz 4.

⁶⁴¹ El artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 establece lo siguiente:

1. Un tratado o una parte de él se aplicará provisionalmente antes de su entrada en vigor:
 - a) si el propio tratado así lo dispone; o
 - b) si los Estados negociadores han convenido en ello de otro modo.
2. La aplicación provisional de un tratado o de una parte de él respecto de un Estado terminará si este notifica a los Estados entre los cuales el tratado se aplica provisionalmente su intención de no llegar a ser parte en el mismo, a menos que el tratado disponga o los Estados negociadores hayan convenido otra cosa al respecto.

⁶⁴² El artículo 25 de la Convención de Viena de 1986 establece lo siguiente:

1. Un tratado o una parte de él se aplicará provisionalmente antes de su entrada en vigor:
 - a) si el propio tratado así lo dispone; o
 - b) si los Estados negociadores y las organizaciones negociadoras o, según el caso, las organizaciones negociadoras han convenido en ello de otro modo.
2. La aplicación provisional de un tratado o de una parte de él respecto de un Estado o de una organización internacional terminará si ese Estado o esa organización notifica a los Estados y a las organizaciones con respecto a los cuales el tratado se aplica provisionalmente su intención de no llegar a ser parte en el mismo, a menos que el tratado disponga o los Estados negociadores y las organizaciones negociadoras o, según el caso, las organizaciones negociadoras hayan convenido otra cosa al respecto.

4) Al mismo tiempo, aun cuando pueden existir otras normas y otra práctica relativas a la aplicación provisional de los tratados, el proyecto de directrices reconoce la importancia fundamental del artículo 25 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. Las palabras “tomando como base” y la referencia expresa al artículo 25 tienen por objeto indicar que ese artículo constituye el punto de partida básico del proyecto de directrices, aun cuando ha de complementarse con otras normas de derecho internacional a fin de tener una apreciación completa del derecho aplicable a la aplicación provisional de los tratados.

Directriz 3 **Regla general**

Un tratado o una parte de un tratado podrán ser aplicados provisionalmente, antes de su entrada en vigor entre los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate, si el propio tratado así lo dispone o si se ha convenido en ello de otro modo.

Comentario

1) El proyecto de directriz 3 establece la regla general sobre la aplicación provisional de los tratados. Con ello, la Comisión trató deliberadamente de seguir la formulación del artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 a fin de poner de relieve que el punto de partida del proyecto de directrices es el artículo 25. Ello queda sujeto al entendimiento general a que se hace referencia en el párrafo 3) del comentario al proyecto de directriz 2, a saber, que las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 no reflejan necesariamente todos los aspectos de la práctica contemporánea relativa a la aplicación provisional de los tratados.

2) La expresión inicial confirma la posibilidad general de que un tratado, o una parte de un tratado, pueda aplicarse provisionalmente. Retoma el encabezamiento del párrafo 1 del artículo 25 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, si bien emplea la palabra “podrá” para subrayar el carácter facultativo de la aplicación provisional. La Comisión también estudió la mejor forma de recoger en el texto los Estados o las organizaciones internacionales que pueden aplicar provisionalmente un tratado, y los Estados o las organizaciones internacionales cuyo acuerdo es necesario para que esa aplicación provisional tenga lugar, y optó, pues, una formulación más general.

3) A diferencia del artículo 25, en cuyo párrafo 1 b) se hace referencia a un acuerdo de aplicar provisionalmente un tratado existente entre “los Estados negociadores” o “los Estados negociadores y las organizaciones negociadoras”, el proyecto de directriz 3 no indica qué Estados u organizaciones internacionales pueden aplicar provisionalmente un tratado. Cuando estudió la posibilidad de ajustar la formulación actual a la que figura en el artículo 25 especificando la aplicabilidad de la regla general a un determinado grupo de Estados u organizaciones internacionales, la Comisión reconoció la posibilidad, sobre la base de la práctica contemporánea, de que puedan proceder a la aplicación provisional Estados u organizaciones internacionales distintos de los Estados negociadores o las organizaciones negociadoras del tratado en cuestión. No era posible responder claramente, sobre la base de los tratados multilaterales examinados⁶⁴³, a la cuestión de si la expresión “Estados negociadores” del artículo 25, párrafo 1 b), impediría que los Estados no negociadores o las organizaciones internacionales no negociadoras celebraran un acuerdo relativo a la aplicación provisional. Además, se consideró que la necesidad de distinguir entre diferentes grupos de Estados u organizaciones internacionales en función de su relación con el tratado era menos pertinente en el contexto de los tratados bilaterales, que constituyen la inmensa mayoría de los tratados que históricamente han sido aplicados provisionalmente. No obstante, se identificó la práctica pertinente examinando ciertos acuerdos sobre productos básicos que, si bien nunca habían entrado en vigor, fueron prorrogados más allá de su fecha de terminación⁶⁴⁴. En tales casos, cuando los Estados

⁶⁴³ Véase [A/CN.4/707](#), párr. 37.

⁶⁴⁴ Véase, por ejemplo, el Convenio Internacional de las Maderas Tropicales de 1994 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1955, núm. 33484, pág. 81), que se prorrogó varias veces en virtud del artículo 46 del Convenio, prórroga durante la cual algunos Estados (Guatemala, México, Nigeria y Polonia) se adhirieron a él. Véase también el caso de Montenegro con respecto al Protocolo núm. 14 del

prorrogaban un acuerdo sobre productos básicos que solo se había aplicado provisionalmente, se entendía que esa prórroga también se aplicaba a los Estados que se habían adherido al acuerdo, lo que demostraba la convicción de que esos Estados también lo habían estado aplicando provisionalmente.

4) La distinción entre la aplicación provisional de todo el tratado y de una “parte” de este tiene su origen en el artículo 25. La Comisión, en su labor sobre el derecho de los tratados, contempló de manera específica la posibilidad de lo que pasó a conocerse como aplicación provisional de solo una parte de un tratado. En el proyecto de artículo 22, párrafo 2, del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados de 1966, la Comisión confirmó que la “misma regla” sobre lo que entonces denominó “entrada en vigor provisional” se aplicaba a “una parte de un tratado”⁶⁴⁵. En el comentario correspondiente, se explicó que “[n]o menos frecuente es hoy la práctica de poner en vigor provisionalmente solo determinada parte del tratado, a fin de satisfacer las exigencias inmediatas de la situación”⁶⁴⁶. La Comisión no ha cambiado de opinión. La posibilidad de aplicar provisionalmente solo una parte de un tratado también ayuda a solucionar los problemas que plantean cierto tipo de disposiciones, como las cláusulas dispositivas que establecen mecanismos de vigilancia del tratado, que pueden ser menos susceptibles de aplicación provisional. Así pues, la aplicación provisional de una parte de un tratado se refleja en la fórmula “aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado”, que se utiliza en todo el proyecto de directrices⁶⁴⁷.

5) La segunda expresión, a saber, “antes de su entrada en vigor entre los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate”, se basa en el encabezamiento del artículo 25. La Comisión examinó la posible ambigüedad de la referencia a la “entrada en vigor”. Si bien la expresión podría referirse, por un lado, a la entrada en vigor del propio tratado⁶⁴⁸, existen ejemplos de continuación de la aplicación provisional respecto de

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, por el que se Modifica el Sistema de Control del Convenio (*ibid.*, vols. 2677, núm. 2889, pág. 3, en especial pág. 34). Montenegro, que accedió a la independencia en 2006 y, por tanto, no era un Estado negociador, fue un Estado sucesor en dicho tratado y tuvo la posibilidad de aplicar provisionalmente algunas disposiciones de conformidad con el Acuerdo de Madrid (Acuerdo sobre la Aplicación Provisional de Ciertas Disposiciones del Protocolo núm. 14 en Espera de su Entrada en Vigor). Para las declaraciones relativas a la aplicación provisional formuladas por Albania, Alemania, Bélgica, España, Estonia, Liechtenstein, Luxemburgo, los Países Bajos, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Suiza, véase *ibid.*, págs. 30 a 37.

⁶⁴⁵ *Anuario...*, 1966, vol. II, párr. 38.

⁶⁴⁶ Párrafo 3) del comentario al proyecto de artículo 22, *ibid.*

⁶⁴⁷ Puede encontrarse un ejemplo de la práctica relativa a la aplicación provisional de una parte de un tratado en los tratados bilaterales en el Acuerdo entre el Reino de los Países Bajos y el Principado de Mónaco sobre el Pago de Prestaciones del Seguro Social Neerlandés en Mónaco (*ibid.*, vol. 2205, núm. 39160, pág. 541, en especial pág. 550, art. 13, párr. 2); y pueden encontrarse ejemplos de tratados bilaterales que excluyen expresamente la aplicación provisional de una parte de un tratado en el Acuerdo entre el Gobierno Federal de Austria y el Gobierno de la República Federal de Alemania relativo a la Cooperación de las Autoridades Policiales y las Administraciones de Aduanas en las Zonas Fronterizas (*ibid.*, vol. 2170, núm. 38115, pág. 573, en especial pág. 586) y el Acuerdo entre el Gobierno de la República Federal de Alemania y el Gobierno de la República de Croacia sobre Cooperación Técnica (*ibid.*, vol. 2306, núm. 41129, pág. 439). Con respecto a los tratados multilaterales, se puede encontrar práctica sobre el tema en la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción (*ibid.*, vol. 2056, núm. 35597, pág. 211, en especial pág. 252); la Convención sobre Municiones en Racimo (*ibid.*, vol. 2688, núm. 47713, pág. 39, en especial pág. 112); el Tratado sobre el Comercio de Armas (A/CONF.217/2013/L.3, art. 23); y el Documento acordado entre los Estados Partes en el Tratado sobre Fuerzas Armadas Convencionales en Europa (ILM, vol. 36, pág. 866, secc. VI, párr. 1). Del mismo modo, el Protocolo sobre la Aplicación Provisional del Tratado Revisado de Chaguaramas (*ibid.*, vol. 2259, núm. 40269, pág. 440) especifica las disposiciones del Tratado Revisado que no se aplican provisionalmente, mientras que el Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica (*ibid.*, vol. 2592, núm. 46151, pág. 225) es un ejemplo de aplicación provisional de una parte del tratado que se aplica solo respecto de una de las partes en el Acuerdo.

⁶⁴⁸ Así ocurre en el caso del Acuerdo relativo a la Aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 (*ibid.*, vol. 1836, núm. 31364,

algunos Estados u organizaciones internacionales después de la entrada en vigor del propio tratado, cuando el tratado aún no había entrado en vigor para esos Estados y organizaciones internacionales, como ocurre con los tratados en el contexto multilateral⁶⁴⁹. Así pues, la expresión “entrada en vigor” que figura en el proyecto de directriz 3 ha de interpretarse de conformidad con el artículo 24 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 sobre el mismo tema. Se refiere tanto a la entrada en vigor del propio tratado como a la entrada en vigor para cada Estado u organización internacional de que se trate.

6) Las expresiones tercera y cuarta (“si el propio tratado así lo dispone o si se ha convenido en ello de otro modo”) reflejan los dos posibles fundamentos de la aplicación provisional reconocidos en el párrafo 1 a) y b) del artículo 25. La posibilidad de aplicar provisionalmente un tratado sobre la base de una disposición del tratado en cuestión está bien establecida⁶⁵⁰, y de ahí que la redacción se ajuste a la de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986.

7) Se aprobó una formulación modificada, más general, para la posibilidad alternativa de la aplicación provisional sobre la base de un acuerdo distinto. A diferencia de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, no se hace mención específica de un grupo particular de Estados u organizaciones internacionales, reconociendo la práctica contemporánea que ha incluido casos de aplicación provisional acordada por solo algunos Estados negociadores o por Estados no negociadores que firmaron el tratado o se adhirieron a él posteriormente. Además, el proyecto de directriz prevé la posibilidad de que un tercer Estado o una tercera organización internacional, completamente ajeno al tratado, lo aplique provisionalmente tras haber convenido en ello de otro modo con uno o más Estados negociadores u organizaciones internacionales negociadoras. Ello explica la redacción más neutra del proyecto de directriz 3, en voz pasiva, que se limita a reiterar la regla básica.

8) El proyecto de directriz 3 debe leerse junto con el proyecto de directriz 4, que proporciona más detalles sobre la aplicación provisional mediante un acuerdo distinto, ampliando así el sentido del acuerdo “de otro modo”.

pág. 3) y en el Acuerdo sobre la Aplicación Provisional de Ciertas Disposiciones del Protocolo núm. 14 en Espera de su Entrada en Vigor.

⁶⁴⁹ Por ejemplo, el Tratado sobre el Comercio de Armas.

⁶⁵⁰ Algunos ejemplos en el contexto bilateral son el Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República del Paraguay sobre Determinados Aspectos de los Servicios Aéreos (*Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. L 122, 11 de mayo de 2007), art. 9; el Acuerdo entre la República Argentina y la República de Suriname sobre Supresión de Visas para Titulares de Pasaportes Ordinarios (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. [aún no publicado], núm. 51407), art. 8; el Acuerdo entre la Confederación Suiza y el Principado de Liechtenstein relativo a los Impuestos Ambientales en el Principado de Liechtenstein (*ibid.*, vol. 2761, núm. 48680, pág. 23), art. 5; el Acuerdo entre el Reino de España y el Principado de Andorra sobre Traslado y Gestión de Residuos (*ibid.*, vol. [aún no publicado], núm. 50313), art. 13; el Convenio entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República Eslovaca sobre la Cooperación en Materia de la Lucha contra la Delincuencia Organizada (*ibid.*, vol. 2098, núm. 36475, pág. 341), art. 14, párr. 2; y el Tratado sobre el Establecimiento de una Asociación entre la Federación de Rusia y la República de Belarús (*ibid.*, vol. 2120, núm. 36926, pág. 595), art. 19. Algunos ejemplos en el contexto multilateral son el Acuerdo relativo a la Aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982, art. 7; el Acuerdo sobre las Enmiendas al Acuerdo Marco sobre la Cuenca del Río Sava y al Protocolo del Acuerdo Marco sobre la Cuenca del Río Sava relativo al Régimen de Navegación (*ibid.*, vol. 2367, núm. 42662, pág. 697), art. 3, párr. 5; el Acuerdo Marco sobre un Programa Ambiental Nuclear Multilateral en la Federación de Rusia (*ibid.*, vol. 2265, núm. 40358, pág. 5, en especial páginas 13 y 14), art. 18, párr. 7, y su correspondiente Protocolo sobre Denuncias, Procedimientos Judiciales e Indemnización (*ibid.*, pág. 35), art. 4, párr. 8; los Estatutos de la Comunidad de Países de Lengua Portuguesa (*ibid.*, vol. 2233, núm. 39756, pág. 207), art. 21; y el Acuerdo por el que se establece la Fundación “Karanta” para el Apoyo de las Políticas de Educación No Formal y su Anexo con los Estatutos de la Fundación (*ibid.*, vol. 2341, núm. 41941, pág. 3), arts. 8 y 49, respectivamente.

Directriz 4 Forma del acuerdo

Además del caso en que el tratado así lo disponga, la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado podrá convenirse mediante:

- a) un tratado distinto; o
- b) cualquier otro medio o arreglo, incluidas una resolución aprobada por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental, o una declaración de un Estado o una organización internacional que sea aceptada por los otros Estados u organizaciones internacionales de que se trate.

Comentario

1) El proyecto de directriz 4 se ocupa de otras formas de acordar la aplicación provisional de un tratado, o de una parte de un tratado, además del caso en que el propio tratado así lo disponga. La estructura de la disposición sigue la secuencia del artículo 25 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, que primero contempla la posibilidad de que el tratado en cuestión permita expresamente la aplicación provisional y, en segundo lugar, prevé un posible fundamento alternativo para la aplicación provisional cuando los Estados o las organizaciones internacionales hayan convenido en ello “de otro modo”, lo que generalmente ocurre cuando el tratado guarda silencio al respecto.

2) Como se indicó anteriormente, el proyecto de directriz 4 profundiza en la expresión “se ha convenido en ello de otro modo” que figura al final del proyecto de directriz 3, explícitamente recogida en el artículo 25, párrafo 1 b). Esto se confirma en la fórmula inicial “[a]demás del caso en que el tratado así lo disponga”, que es una referencia directa a la expresión “si el propio tratado así lo dispone” del proyecto de directriz 3, que retoma el texto del artículo 25. En los apartados se establecen dos categorías de métodos adicionales para acordar la aplicación provisional.

3) El apartado a) prevé la posibilidad de una aplicación provisional mediante un tratado distinto, que debe distinguirse del tratado que se aplica provisionalmente⁶⁵¹.

4) El apartado b) reconoce la posibilidad de que, además de un tratado distinto, la aplicación provisional también pueda convenirse mediante “otro medio o arreglo”, lo que amplía el abanico de posibilidades para lograr un acuerdo de aplicación provisional. La Comisión consideró que dicha referencia adicional confirmaba la naturaleza inherentemente flexible de la aplicación provisional⁶⁵². A fin de proporcionar más orientación, se citan dos

⁶⁵¹ Algunos ejemplos de tratados bilaterales de aplicación provisional distintos del tratado que se aplica provisionalmente son el Acuerdo entre los Países Bajos y Alemania relativo a la Tributación de los Ahorros y su Aplicación Provisional (*ibid.*, vol. [aún no publicado], núm. 49430) y la Enmienda del Acuerdo relativo a los Servicios de Transporte Aéreo entre el Reino de los Países Bajos y el Estado de Qatar (*ibid.*, vol. 2265, núm. 40360, pág. 507, en especial pág. 511). Los Países Bajos han celebrado una serie de tratados similares. Algunos ejemplos de tratados multilaterales de aplicación provisional distintos del tratado que se aplica provisionalmente son el Protocolo de Aplicación Provisional del Acuerdo por el que se Establece el Centro para el Cambio Climático de la Comunidad del Caribe (*ibid.*, vol. [aún no publicado], núm. 51181); el Protocolo sobre la Aplicación Provisional del Tratado Revisado de Chaguaramas; y el Acuerdo de Madrid (Acuerdo sobre la Aplicación Provisional de Ciertas Disposiciones del Protocolo núm. 14 en Espera de su Entrada en Vigor).

⁶⁵² En la práctica, algunos tratados se registraron en las Naciones Unidas indicando que habían sido aplicados provisionalmente, pero sin mención alguna de los otros medios o arreglos que se habían empleado para convenir en la aplicación provisional. Son ejemplos de esos tratados el Acuerdo entre el Reino de los Países Bajos y los Estados Unidos de América relativo a la Situación del Personal de los Estados Unidos en la Parte Caribeña del Reino (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. [aún no publicado], núm. 51578); el Acuerdo entre el Gobierno de Letonia y el Gobierno de la República de Azerbaiyán sobre Cooperación en la Lucha contra el Terrorismo, el Tráfico Ilícito de Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas y sus Precursores y la Delincuencia Organizada (*ibid.*, vol. 2461, núm. 44230, pág. 205); y el Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de la República de Kazajstán relativo al Establecimiento de la Oficina Subregional para Asia Septentrional y Central de la Comisión Económica y Social de las Naciones Unidas para Asia y el Pacífico (*ibid.*, vol. 2761, núm. 48688, pág. 339). Véase R. Lefeber, “The provisional application of treaties”, en *Essays on the*

ejemplos de ese tipo de “medio o arreglo”, a saber, la aplicación provisional convenida mediante una resolución aprobada por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental, o una declaración de un Estado o una organización internacional que sea aceptada por los otros Estados u organizaciones internacionales de que se trate⁶⁵³.

5) Aunque la práctica sigue siendo algo excepcional⁶⁵⁴, la Comisión consideró conveniente incluir una referencia a la posibilidad de que un Estado o una organización

Law of Treaties: A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag, J. Klabbers y R. Lefeber (eds.) (La Haya, Martinus Nihoff, 1998), pág. 81.

⁶⁵³ No son acuerdos en los que la organización internacional es parte en el propio tratado, sino acuerdos entre Estados alcanzados en reuniones o conferencias celebradas bajo los auspicios de dicha organización internacional. Pueden darse varios ejemplos de este tipo. En primer lugar, las enmiendas al Convenio Constitutivo de la Organización Internacional de Telecomunicaciones Marítimas por Satélite (INMARSAT) y su Acuerdo de Explotación (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1143, núm. 17948, pág. 105). Véase D. Sagar, “Provisional application in an international organization”, *Journal of Space Law*, vol. 27, núm. 2 (1999), págs. 99 a 116. En segundo lugar, hay varios precedentes de órganos competentes de organizaciones internacionales que aplicaron enmiendas provisionalmente sin que sus instrumentos constitutivos previeran expresamente tal facultad, a saber, el Congreso de la Unión Postal Universal, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, y la práctica de la Unión Internacional de Telecomunicaciones. Véase Sagar, “Provisional application in an international organization”, págs. 104 a 106. En tercer lugar, la enmienda aprobada en 2012 por la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2303, núm. 30822, pág. 162), en la cual el Grupo de Trabajo Especial sobre los Nuevos Compromisos de las Partes del Anexo I con arreglo al Protocolo de Kyoto, considerando la interrupción que podría producirse en el funcionamiento del mecanismo para un desarrollo limpio por motivos relacionados con la entrada en vigor de las enmiendas al Protocolo de Kyoto, recomendó que esas enmiendas pudieran aplicarse provisionalmente. Véase “Consideraciones jurídicas relativas a una posible interrupción entre el primer período de compromiso y el segundo” (FCCC/KP/AWG/2010/10), párr. 18. En cuarto lugar, la modificación al artículo 14 de los Estatutos de la Organización Mundial del Turismo (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. [aún no publicado], núm. 14403). Otros ejemplos en que los Gobiernos tienen la posibilidad de disponer la entrada en vigor provisional del acuerdo en virtud de una decisión colectiva son: a) el Convenio Internacional del Aceite de Oliva y de las Aceitunas de Mesa (*ibid.*, vol. 2684, núm. 47662, pág. 63); b) el Convenio Internacional de las Maderas Tropicales; c) el Convenio Internacional del Cacao de 1993 (*ibid.*, vol. 1766, núm. 30692, pág. 3); y d) el Convenio Internacional del Cacao de 2010 (*ibid.*, vol. 2871, núm. 50115, pág. 3). Por último, un caso que dos fuentes académicas califican de aplicación provisional se refiere al establecimiento de una Comisión Preparatoria de la Organización del Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares, que se hizo mediante la aprobación de una resolución por la Reunión de los Estados Signatarios (CTBT/MSS/RES/1) el 19 de noviembre de 1996. Aunque en las negociaciones que culminaron en el Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares se rechazó una propuesta de aplicación provisional, el Tratado no prevé de manera explícita la aplicación provisional y no se ha celebrado un tratado distinto a tal efecto, esos académicos aducen que, habida cuenta de que el propósito de las decisiones de la Comisión Preparatoria es aplicar disposiciones fundamentales del Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares antes de su entrada en vigor, la resolución de la Reunión de los Estados Signatarios puede interpretarse como una prueba de un acuerdo “de otro modo” o una “aplicación provisional implícita” sobre la base del artículo 25, párrafo 1 b), de la Convención de Viena de 1969. Véase A. Michie, “The provisional application of arms control treaties”, *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 10 (2005), págs. 347 a 377, en especial págs. 369 y 370. Véase también Y. Fukui, “CTBT: Legal questions arising from its non-entry into force revisited”, *Journal of Conflict and Security Law* (de próxima publicación), págs. 1 a 18, en especial págs. 13 a 15. En cambio, otra fuente, publicada bajo los auspicios del Instituto de las Naciones Unidas de Investigación sobre el Desarme y con prólogo del Secretario Ejecutivo de la Comisión Preparatoria, sostiene que el Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares no se está aplicando provisionalmente. Véase R. Johnson, *Unfinished Business: The Negotiation of the CTBT and the End of Nuclear Testing*, UNIDIR/2009/2 (2009), págs. 227 a 231.

⁶⁵⁴ Véanse el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/675), párrs. 35 c) y 36 a 41, y el tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/687), párrs. 5 y 120, sobre la aplicación por la República Árabe Siria de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1974, núm. 33757). Véase también Protocol to the Agreement on a Unified Patent Court on Provisional

internacional pudieran hacer una declaración a efectos de la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado en los casos en que ese instrumento guardase silencio o no se conviniere de otro modo. No obstante, la declaración ha de ser claramente aceptada por los demás Estados u organizaciones internacionales de que se trate, por oposición a una mera no objeción. La mayoría de la práctica existente se refleja en forma de aceptación expresada por escrito. El proyecto de directriz mantiene cierto grado de flexibilidad para permitir otras formas de aceptación, a condición de que esta se exprese de manera clara. La Comisión evitó emplear el término “unilateral” para no confundir las normas que regulan la aplicación provisional de los tratados con el régimen jurídico de los actos unilaterales de los Estados.

Directriz 5 **Comienzo de la aplicación provisional**

La aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado, antes de su entrada en vigor entre los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate, comenzará en la fecha y con arreglo a las condiciones y los procedimientos que establezca el tratado o se acuerden de otro modo.

Comentario

- 1) El proyecto de directriz 5 se ocupa del comienzo de la aplicación provisional y se basa en el artículo 24, párrafo 1, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, relativo a la entrada en vigor.
- 2) La primera oración refleja el criterio adoptado en el proyecto de directrices de hablar de la aplicación provisional de todo el tratado o de una parte de un tratado.
- 3) La segunda oración tiene dos componentes. La expresión “antes de su entrada en vigor” retoma la fórmula empleada en el proyecto de directriz 3, de manera que “entrada en vigor” se refiere a la entrada en vigor entre los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate. Como se indica en el comentario al proyecto de directriz 3, esas consideraciones son pertinentes principalmente en el contexto de la aplicación provisional de los tratados multilaterales. La Comisión decidió mantener la referencia general a la “entrada en vigor”, como ya se indicó en el comentario al proyecto de directriz 3⁶⁵⁵.
- 4) El segundo componente es la inclusión de la referencia a los Estados y las organizaciones internacionales, que refleja la posición adoptada por la Comisión, mencionada en el párrafo 3) del comentario al proyecto de directriz 1, según la cual el ámbito de aplicación del proyecto de directrices debe incluir los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales. La referencia a la entrada en vigor “entre” los Estados o las organizaciones internacionales se redactó en términos generales para abarcar las diversas situaciones que podían plantearse, como, por ejemplo, la aplicación provisional entre un Estado o una organización internacional para quien ha entrado en vigor el tratado y otro Estado u otra organización internacional para quien el tratado aún no ha entrado en vigor.
- 5) La oración “comenzará en la fecha y con arreglo a las condiciones y los procedimientos” se refiere a los criterios que dan lugar al comienzo de la aplicación provisional. El texto se basa en el recogido en el artículo 68 de la Convención de Viena de 1969, que habla de “surtan efecto”. Esa oración confirma que se trata del efecto jurídico respecto del Estado o la organización internacional que opta por aplicar provisionalmente el tratado. La Comisión decidió no mencionar expresamente los diversos modos de expresar el consentimiento en quedar obligado por un tratado, a fin de mantener una disposición más simplificada.
- 6) La oración final “que establezca el tratado o se acuerden de otro modo” confirma que el acuerdo de aplicar provisionalmente un tratado o una parte de un tratado se basa en

Application (www.unified-patent-court.org/sites/default/files/Protocol_to_the_Agreement_on_Unified_Patent_Court_on_provisional_application.pdf).

⁶⁵⁵ Véase el párrafo 5) del comentario al proyecto de directriz 3.

una disposición enunciada en el tratado que se aplica provisionalmente, en un tratado distinto, cualquiera que sea su denominación particular, o en otros medios o arreglos que establezcan un acuerdo para la aplicación provisional, y está sujeto a las condiciones y los procedimientos previstos en esos instrumentos.

Directriz 6
Efectos jurídicos de la aplicación provisional

La aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado producirá los mismos efectos jurídicos que si el tratado estuviese en vigor entre los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate, a menos que el tratado disponga otra cosa o se haya convenido de otro modo.

Comentario

1) El proyecto de directriz 6 trata de los efectos jurídicos de la aplicación provisional. Cabe prever dos tipos de “efectos jurídicos”: los efectos jurídicos del acuerdo de aplicar provisionalmente el tratado o una parte de él, y los efectos jurídicos del tratado o de una parte del tratado aplicado provisionalmente. Sin excluir los efectos jurídicos del acuerdo de aplicar provisionalmente un tratado o una parte de él, el proyecto de directriz 6 se refiere a los efectos jurídicos de un tratado o de una parte de un tratado aplicado provisionalmente. Se dijo que el proyecto de directriz 6 estaba redactado en términos muy amplios, cuando debería establecer que el acuerdo de aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado crea una obligación vinculante de aplicación de ese tratado o de una parte del mismo.

2) El proyecto de directriz comienza afirmando que la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado producirá los mismos efectos jurídicos que si el tratado estuviese en vigor entre los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate. En otras palabras, un tratado o una parte de un tratado aplicado provisionalmente se considera vinculante para las partes que lo apliquen provisionalmente desde el momento en que comenzó la aplicación provisional. Ese efecto jurídico se deriva del acuerdo de aplicación provisional del tratado por los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate, que puede expresarse en las formas previstas en el proyecto de directriz 4. En los casos en que ese acuerdo guarde silencio sobre los efectos jurídicos de la aplicación provisional, que es algo habitual, el proyecto de directriz prevé los mismos efectos jurídicos que si el tratado estuviese en vigor⁶⁵⁶.

3) La posición anterior está matizada por la oración final “a menos que el tratado disponga otra cosa o se haya convenido de otro modo”, que confirma que la regla básica está sujeta al tratado, que puede prever otro resultado jurídico. Ese entendimiento, que establece por defecto los mismos efectos jurídicos que si el tratado estuviese en vigor, sujeto a la posibilidad de que las partes convengan en otra cosa, se refleja en la práctica actual de los Estados⁶⁵⁷.

4) La expresión inicial “la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado” retoma el texto del proyecto de directriz 5. La expresión “los mismos efectos jurídicos que si el tratado estuviese en vigor”, que constituye la esencia del proyecto de directriz, hace referencia a los efectos que tendría el tratado si estuviese en vigor para el Estado o la organización internacional de que se trate. La expresión “entre los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate” se incluyó para armonizar el proyecto de directriz con el proyecto de directriz 5. La oración final, “a menos que el tratado disponga otra cosa o se haya convenido de otro modo”, indica la condición en que se basa la regla general, a saber, que el tratado no disponga otra cosa.

⁶⁵⁶ Véase Mathy, “Article 25” (nota 634, *supra*), pág. 651.

⁶⁵⁷ Véanse los tratados examinados en el Memorando de la Secretaría (A/CN.4/707), que contiene un análisis de más de 400 tratados bilaterales y 40 multilaterales, al tiempo que reconoce que, en realidad, el número de tratados bilaterales y multilaterales aplicados provisionalmente es superior al que figura en la compilación *Treaty Series* de las Naciones Unidas. Véanse también los ejemplos contenidos en los informes presentados por el Relator Especial: A/CN.4/664, A/CN.4/675, A/CN.4/687 y A/CN.4/699 y Add.1. Este último incluye un anexo con ejemplos de la práctica reciente de la Unión Europea sobre la aplicación provisional de los acuerdos con terceros Estados.

5) No obstante, ha de hacerse una distinción importante. Como cuestión de principio, la finalidad de la aplicación provisional no es desplegar todo el abanico de derechos y obligaciones que se derivan del consentimiento de un Estado o una organización internacional en quedar obligados por un tratado o una parte de un tratado. La aplicación provisional de los tratados sigue siendo distinta de su entrada en vigor, en la medida en que no está sujeta a las mismas normas de derecho de los tratados en situaciones como la terminación de los tratados o la suspensión de su aplicación, establecidas en la parte V, sección tercera, de la Convención de Viena de 1969. El artículo 25, párrafo 2, prevé una manera muy flexible de terminar la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado, sin perjuicio de la cuestión de la responsabilidad por incumplimiento de una obligación que emana de un tratado o de una parte de un tratado aplicados provisionalmente.

6) La Comisión consideró la posibilidad de introducir una salvaguardia expresa para que la aplicación provisional de un tratado no pudiera dar lugar a la modificación del contenido del tratado. No obstante, se consideró que la redacción empleada en el proyecto de directriz 6 era suficientemente amplia para resolver esa cuestión, dado que la aplicación provisional se limita a producir los mismos efectos que si el tratado estuviese en vigor. Así pues, en el proyecto de directriz se recoge implícitamente el entendimiento de que el acto de aplicar provisionalmente el tratado no afecta a los derechos y obligaciones de otros Estados u otras organizaciones internacionales⁶⁵⁸. Además, no debe entenderse que el proyecto de directriz 6 limita la libertad de los Estados o las organizaciones internacionales de enmendar o modificar el tratado aplicado provisionalmente, de conformidad con la parte IV de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986.

Directriz 7

Responsabilidad en caso de violación

La violación de una obligación que emana de un tratado o de una parte de un tratado aplicados provisionalmente genera responsabilidad internacional de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables.

Comentario

1) El proyecto de directriz 7 se refiere a la cuestión de la responsabilidad por la violación de una obligación que emana de un tratado o de una parte de un tratado aplicado provisionalmente. Refleja las consecuencias jurídicas de la aplicación del proyecto de directriz 6. Si el tratado o una parte de un tratado aplicado provisionalmente se consideran jurídicamente vinculantes, la violación de una obligación que emana del tratado o de una parte del tratado aplicado provisionalmente constituiría necesariamente un acto ilícito que genera responsabilidad internacional. La Comisión estudió si era necesario incluir una disposición sobre la responsabilidad. La inclusión del presente proyecto de directriz se consideró necesaria porque se refería a una consecuencia jurídica fundamental de la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado. Dado que el artículo 73 de la Convención de Viena de 1969 establece que sus disposiciones no prejuzgarán ninguna cuestión que con relación a un tratado pueda surgir de la responsabilidad internacional de un Estado, y que el artículo 74 de la Convención de Viena de 1986 contiene una disposición similar, prevaleció la opinión de que el ámbito de aplicación del proyecto de directrices no se limitaba al de las dos Convenciones de Viena, como se indica en el proyecto de directriz 2.

2) La Comisión decidió mantener la referencia a “una parte” de un tratado a fin de especificar que, cuando una parte de un tratado se aplica provisionalmente, solo esa parte puede generar responsabilidad internacional en caso de violación, tal y como se establece en el presente proyecto de directriz.

⁶⁵⁸ No obstante, la práctica ulterior de una o varias partes en un tratado puede constituir un medio de interpretación del instrumento en el sentido de los artículos 31 o 32 de la Convención de Viena de 1969. Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/71/10)*, cap. VI.

3) El proyecto de directriz se armonizó con los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, de 2001⁶⁵⁹, y con los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, de 2011⁶⁶⁰, en la medida en que reflejan el derecho internacional consuetudinario. Así, la referencia a “una obligación que emana de” y la palabra “genera” se retomaron deliberadamente de esos proyectos de artículo. Del mismo modo, la fórmula final “de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables” remite, entre otras cosas, a esos proyectos de artículos.

Directriz 8

Terminación en el momento de la notificación de la intención de no llegar a ser parte

A menos que el tratado disponga otra cosa o se haya convenido de otro modo, la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado respecto de un Estado o una organización internacional termina si ese Estado o esa organización internacional notifica a los otros Estados o las otras organizaciones internacionales entre los cuales el tratado o una parte del tratado se aplican provisionalmente su intención de no llegar a ser parte en el tratado.

Comentario

1) La aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado por un Estado o una organización internacional termina generalmente en uno de los dos casos siguientes: en primer lugar, cuando el tratado entra en vigor para el Estado o la organización internacional de que se trate o, en segundo lugar, cuando el Estado o la organización internacional que aplica provisionalmente el tratado o una parte del tratado comunica su intención de no llegar a ser parte en el tratado a los otros Estados o las otras organizaciones internacionales entre los cuales el tratado o una parte del tratado se aplica provisionalmente.

2) La posibilidad de que la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado termine por la entrada en vigor del propio tratado se reconoce implícitamente en la expresión “antes de su entrada en vigor” que figura en el proyecto de directriz 5⁶⁶¹. De conformidad con el proyecto de directriz 5, la aplicación provisional continúa hasta que el tratado entra en vigor para el Estado o la organización internacional que aplica provisionalmente el tratado o una parte del tratado en relación con los otros Estados o las otras organizaciones internacionales que también aplican provisionalmente ese tratado o una parte de él⁶⁶².

3) No es posible recoger en una única formulación todas las posibilidades jurídicas que pueden existir si el tratado ha entrado en vigor para el Estado o la organización internacional que aplica provisionalmente un tratado o una parte de un tratado, en relación

⁶⁵⁹ *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, párr. 76, incluidos posteriormente en el anexo de la resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001.

⁶⁶⁰ *Anuario...*, 2011, vol. II (segunda parte), párr. 87.

⁶⁶¹ La mayoría de los tratados bilaterales establecen que el tratado se aplicará provisionalmente “antes de su entrada en vigor”, “antes de su ratificación”, “antes de que se cumplan los requisitos formales para su entrada en vigor”, “antes de la conclusión de esos procedimientos internos y de la entrada en vigor de la presente Convención”, “antes de que los Gobiernos... se informen recíprocamente por escrito de que se han cumplido las formalidades requeridas en sus respectivos países por la Constitución”, “hasta el cumplimiento de todos los procedimientos que se mencionan en el párrafo 1 del presente artículo” o “hasta su entrada en vigor” (véase A/CN.4/707, párr. 90). Así ocurre también en tratados multilaterales como el Acuerdo de Madrid (Acuerdo sobre la Aplicación Provisional de Ciertas Disposiciones del Protocolo núm. 14 en Espera de su Entrada en Vigor), que establece en el párrafo d) que “[e]sta declaración [de aplicación provisional] dejará de tener efecto en el momento de la entrada en vigor del Protocolo núm. 14 bis con respecto a la Alta Parte Contratante de que se trate”.

⁶⁶² Véanse, por ejemplo, el Acuerdo entre la República Federal de Alemania y el Gobierno de la República de Eslovenia relativo a la Inclusión en las Reservas de la Oficina Eslovena de Reservas Mínimas de Petróleo y Productos Derivados del Petróleo de las Provisiones de Petróleo y Productos Derivados del Petróleo Almacenadas en Alemania en su Nombre (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2169, núm. 38039, pág. 287, en especial pág. 302); y el caso en el Canje de Notas Constitutivo de Acuerdo entre el Gobierno de España y el Gobierno de Colombia sobre Gratuidad de Visados (*ibid.*, vol. 2253, núm. 20662, pág. 328, en especial págs. 333 y 334).

con otros Estados u otras organizaciones internacionales que aplican provisionalmente el mismo tratado o una parte de él.

4) Así pues, la Comisión decidió limitar el alcance del proyecto de directriz 8 al segundo caso mencionado en el párrafo 1) del comentario al presente proyecto de directriz —a saber, cuando el Estado o la organización internacional notifica su intención de no llegar a ser parte en un tratado—, recogiendo así más fielmente la redacción del párrafo 2 del artículo 25 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. La disposición se aprobó sin perjuicio de otros métodos de poner fin a la aplicación provisional⁶⁶³.

5) La formulación del proyecto de directriz 8, respecto de la que figura en el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969, se ha adaptado para incluir a las organizaciones internacionales en el ámbito de aplicación del proyecto de directrices.

6) Si bien las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 solo prevén que ese tipo de acuerdo alternativo se celebre entre los Estados “negociadores” y, en su caso, las organizaciones internacionales “negociadoras”, el proyecto de directriz 8 contiene la fórmula más general de “o se haya convenido de otro modo”. Con esa formulación seguiría haciéndose referencia a los Estados o las organizaciones internacionales que negociaron el tratado, pero también podría incluir a los Estados y las organizaciones internacionales que no participaron en la negociación del instrumento. Dada la complejidad que entraña la celebración de tratados multilaterales modernos, para la Comisión no quedaba claro que la práctica contemporánea siguiera respaldando la formulación limitada de las Convenciones de Viena, tanto en lo que se refiere a si debían recibir el mismo tratamiento jurídico todos los Estados negociadores o las organizaciones internacionales negociadoras en relación con la aplicación provisional, como en lo que respecta al reconocimiento de la existencia de otros grupos de Estados u organizaciones internacionales cuyo acuerdo sobre cuestiones relacionadas con la terminación de la aplicación provisional pudiera también requerirse⁶⁶⁴.

7) La Comisión también trató de identificar los Estados o las organizaciones internacionales a quienes debía notificarse la intención de un tercero de poner fin a la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado. La expresión “notifica a los otros Estados o las otras organizaciones internacionales entre los cuales el tratado o una parte del tratado se aplica provisionalmente”, que figura al final del proyecto de directriz, aclara ese aspecto⁶⁶⁵.

⁶⁶³ Véase, por ejemplo, el artículo 29 de la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en Materia de Tratados de 1978 (*ibid.*, vol. 1946, núm. 33356, pág. 3), que prevé otros medios de terminación de la aplicación provisional de los tratados multilaterales que estén en vigor respecto del territorio al que se refiere la sucesión de Estados.

⁶⁶⁴ Este enfoque concuerda con el adoptado con respecto a la posición de los Estados negociadores en el proyecto de directriz 3. Véanse los párrafos 2) y 5) del comentario al proyecto de directriz 3, *supra*.

⁶⁶⁵ Un número reducido de tratados bilaterales contiene cláusulas explícitas sobre la terminación de la aplicación provisional y en algunos casos también prevé su notificación. Un ejemplo de ello sería el Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de la República de las Islas Marshall relativo a la Cooperación para Reprimir la Proliferación de las Armas de Destrucción en Masa, sus Sistemas Vectores y Materiales Conexos por Mar (*ibid.*, vol. [aún no publicado], núm. 51490, pág. 14), art. 17. Entre otros ejemplos, cabe citar los siguientes: el Tratado entre la República Federal de Alemania y el Reino de los Países Bajos relativo a la Aplicación de los Controles del Tráfico Aéreo por la República Federal de Alemania sobre el Territorio Neerlandés y sobre los Efectos de las Operaciones Civiles del Aeropuerto de Niederrhein en el Territorio del Reino de los Países Bajos (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2389, núm. 43165, pág. 117, en especial pág. 173); el Acuerdo entre España y el Fondo Internacional de Indemnización de Daños Causados por la Contaminación por Hidrocarburos (*ibid.*, vol. 2161, núm. 37756, pág. 45, en especial pág. 50); y el Acuerdo entre el Reino de España y la Organización del Tratado del Atlántico del Norte representada por el Cuartel General Supremo de las Potencias Aliadas en Europa relativo a las Condiciones Especiales Aplicables al Establecimiento y Explotación en Territorio Español de un Cuartel General Militar Internacional (*ibid.*, vol. 2156, núm. 37662, pág. 139, en especial pág. 155). En cuanto a la terminación de los tratados multilaterales, el Acuerdo sobre la Aplicación de las Disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 relativas a la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Transzonales y las Poblaciones de Peces Altamente Migratorios (*ibid.*, vol. 2167, núm. 37924, pág. 3, en especial pág. 126), contiene una cláusula de terminación mediante notificación que refleja el texto del

8) La Comisión decidió no introducir ninguna salvaguardia en relación con la terminación unilateral de la aplicación provisional, por ejemplo, aplicando por analogía la regla que figura en el párrafo 2 del artículo 56 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, que establece un plazo para notificar la denuncia o el retiro de un tratado que no contenga disposiciones sobre la terminación, la denuncia o el retiro. La Comisión no quiso hacerlo en aras de la flexibilidad inherente al artículo 25 y habida cuenta de la insuficiente práctica al respecto.

Directriz 9

Derecho interno de los Estados o reglas de las organizaciones internacionales y observancia de los tratados aplicados provisionalmente

1. Un Estado que haya convenido en la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de una obligación que emane de tal aplicación provisional.

2. Una organización internacional que haya convenido en la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado no podrá invocar las reglas de la organización como justificación del incumplimiento de una obligación que emane de tal aplicación provisional.

Comentario

1) El proyecto de directriz 9 se refiere a la observancia de los tratados aplicados provisionalmente y a su relación con el derecho interno de los Estados y las reglas de las organizaciones internacionales. Concretamente, trata la cuestión de la invocación del derecho interno de los Estados o, en el caso de las organizaciones internacionales, de sus reglas, como justificación del incumplimiento de una obligación que emana de la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado. El primer párrafo se refiere a la norma aplicable a los Estados y el segundo, a la norma aplicable a las organizaciones internacionales.

2) La disposición sigue de cerca el artículo 27 de las Convenciones de Viena de 1969⁶⁶⁶ y 1986⁶⁶⁷. Por consiguiente, debe examinarse junto con esos artículos y otras normas de derecho internacional aplicables.

3) La aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado se rige por el derecho internacional. Al igual que la regla general del artículo 27⁶⁶⁸, el proyecto de

artículo 25, párrafo 2, de la Convención de Viena de 1969. Además, la práctica relativa a los acuerdos sobre productos básicos pone de manifiesto que puede acordarse la terminación de la aplicación provisional mediante el retiro del acuerdo, como ocurre con el Convenio Internacional del Aceite de Oliva y de las Aceitunas de Mesa.

⁶⁶⁶ El artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 estipula lo siguiente:

El derecho interno y la observancia de los tratados

Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

⁶⁶⁷ El artículo 27 de la Convención de Viena de 1986 estipula lo siguiente:

El derecho interno de los Estados, las reglas de las organizaciones internacionales y la observancia de los tratados

1. Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado.

2. Una organización internacional parte en un tratado no podrá invocar las reglas de la organización como justificación del incumplimiento del tratado.

3. Las normas enunciadas en los párrafos precedentes se entenderán sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

directriz 9 establece que la aplicación provisional de un tratado por un Estado o una organización internacional no puede, como norma general, depender de su derecho interno o sus reglas ni estar condicionada por ellos. Cualesquiera que sean las disposiciones del derecho interno de un Estado o las reglas internas de una organización internacional, estas no podrán invocarse para justificar el incumplimiento de obligaciones internacionales que emanen de la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado. Asimismo tampoco podrán invocarse el derecho interno o las reglas para eludir la responsabilidad a que pueda dar lugar el incumplimiento de tales obligaciones⁶⁶⁹. No obstante, como se indica en el proyecto de directriz 11, los Estados y las organizaciones internacionales de que se trate podrán convenir en limitaciones derivadas del derecho interno o de las reglas como parte de su acuerdo sobre la aplicación provisional.

4) Si bien es cierto que cada Estado u organización internacional podrá decidir, con arreglo a su derecho interno o sus reglas, si conviene en la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado⁶⁷⁰, una vez que un tratado o una parte de un tratado se aplique provisionalmente, la incompatibilidad con el derecho interno de un Estado o las reglas de una organización internacional no podrá justificar la no aplicación provisional de ese tratado o de una parte de él. Así pues, la invocación de tales disposiciones internas en un intento de justificar la no aplicación provisional de un tratado o de una parte de él no estaría en conformidad con el derecho internacional.

5) El incumplimiento de las obligaciones que emanan de la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado con una justificación basada en el derecho interno de un Estado o en las reglas de una organización internacional generará la responsabilidad internacional de ese Estado o de esa organización internacional⁶⁷¹. Cualquier otro planteamiento iría en contra del derecho sobre la responsabilidad del Estado, con arreglo al cual la calificación del hecho de un Estado o de una organización internacional como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional y tal calificación no se ve afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno⁶⁷².

6) La referencia en el proyecto de directriz al “derecho interno de los Estados o las reglas de las organizaciones internacionales” designa cualquier disposición de esa naturaleza, y no solo el derecho interno o las reglas relativas específicamente a la aplicación provisional de los tratados.

7) La expresión “obligación que emana de tal aplicación provisional”, que figura en los dos párrafos del proyecto de directriz, es lo suficientemente amplia como para abarcar las situaciones en que la obligación resulta del propio tratado o de un acuerdo distinto relativo a la aplicación provisional del tratado o de una parte de un tratado. Ello está en consonancia con la regla general contenida en el proyecto de directriz 6, que establece que la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado produce los mismos efectos jurídicos que si el tratado estuviese en vigor entre los Estados y las organizaciones internacionales de que se trate.

⁶⁶⁸ Véase A. Schaus, “1969 Vienna Convention. Article 27: internal law and observance of treaties”, en *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary*, vol. I, O. Corten y P. Klein (eds.) (Oxford, Oxford University Press, 2011), págs. 688 a 701, en especial pág. 689.

⁶⁶⁹ Véase el artículo 7, “Obligatoriedad de los tratados: principio de la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno”, en el cuarto informe de Sir Gerald Fitzmaurice, Relator Especial (*Anuario...*, 1959, vol. II, documento A/CN.4/120, pág. 47).

⁶⁷⁰ Véase A. Q. Mertsch, *Provisionally Applied Treaties: Their Binding Force and Legal Nature* (Leiden, Brill, 2012), pág. 64.

⁶⁷¹ Véase D. Mathy, “1969 Vienna Convention. Article 25: provisional application”, en *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. I, O. Corten y P. Klein (eds.) (Oxford, Oxford University Press, 2001), págs. 639 a 654, en especial pág. 646.

⁶⁷² Véanse el artículo 3 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, de 2001 (*Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, párr. 76, incluido después en el anexo de la resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001); y el proyecto de artículo 5 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, de 2011 (*Anuario...*, 2011, vol. II (segunda parte), párr. 87, incluido después en el anexo de la resolución 66/100 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2011).

Directriz 10**Disposiciones de derecho interno de los Estados o reglas de las organizaciones internacionales concernientes a la competencia para convenir en la aplicación provisional de los tratados**

1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en aplicar provisionalmente un tratado o una parte de un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para convenir en la aplicación provisional de los tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

2. El hecho de que el consentimiento de una organización internacional en aplicar provisionalmente un tratado o una parte de un tratado haya sido manifestado en violación de las reglas de la organización concernientes a la competencia para convenir en la aplicación provisional de los tratados no podrá ser alegado por dicha organización como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una regla de importancia fundamental.

Comentario

1) El proyecto de directriz 10 se ocupa de los efectos de las disposiciones del derecho interno de los Estados y las reglas de las organizaciones internacionales concernientes a su competencia para convenir en la aplicación provisional de los tratados. El primer párrafo se refiere al derecho interno de los Estados y el segundo a las reglas de las organizaciones internacionales.

2) El proyecto de directriz 10 sigue de cerca el artículo 46 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. En concreto, el primer párrafo del proyecto de directriz retoma el párrafo 1 del artículo 46 de la Convención de Viena de 1969⁶⁷³, y, el segundo, el párrafo 2 del artículo 46 de la Convención de Viena de 1986⁶⁷⁴. Así pues, el proyecto de directriz debe examinarse junto con esos artículos y otras normas de derecho internacional aplicables.

⁶⁷³ El artículo 46 de la Convención de Viena de 1969 estipula lo siguiente:

Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados

1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

⁶⁷⁴ El artículo 46 de la Convención de Viena de 1986 estipula lo siguiente:

Disposiciones de derecho interno del Estado y reglas de la organización internacional concernientes a la competencia para celebrar tratados

1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

2. El hecho de que el consentimiento de una organización internacional en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de las reglas de la organización concernientes a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicha organización como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una regla de importancia fundamental.

3. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado o cualquier organización internacional que proceda en la materia conforme a la práctica habitual de los Estados y, en su caso, de las organizaciones internacionales y de buena fe.

3) El proyecto de directriz 10 establece que toda alegación de vicio del consentimiento para la aplicación provisional ha de basarse en una violación manifiesta del derecho interno del Estado o de las reglas de la organización relativas a su competencia para convenir en tal aplicación provisional y, además, ha de afectar a una norma de importancia fundamental.

4) Una violación de ese tipo es “manifiesta” si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado o cualquier organización internacional que proceda en la materia conforme a la práctica habitual de los Estados o, en su caso, de las organizaciones internacionales y de buena fe⁶⁷⁵.

Directriz 11

Acuerdo relativo a la aplicación provisional con las limitaciones derivadas del derecho interno de los Estados o de las reglas de las organizaciones internacionales

El presente proyecto de directrices se aplicará sin perjuicio del derecho de un Estado o una organización internacional de convenir en el propio tratado o de otro modo en la aplicación provisional del tratado o de una parte del tratado con las limitaciones derivadas del derecho interno del Estado o de las reglas de la organización.

Comentario

1) El proyecto de directriz 11 se refiere a las limitaciones de los Estados y las organizaciones internacionales que podrían derivarse de su derecho interno y sus reglas al convenir en la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado. Admite la posibilidad de que existan tales limitaciones y, en consecuencia, reconoce el derecho de los Estados y las organizaciones internacionales de convenir en la aplicación provisional con las limitaciones derivadas del derecho interno o de las reglas de las organizaciones y reflejándolas en su consentimiento en aplicar provisionalmente un tratado o una parte de un tratado.

2) A pesar de que la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado puede estar sujeta a limitaciones, como la obtención de aprobación parlamentaria, el presente proyecto de directriz reconoce la flexibilidad de un Estado o de una organización internacional para convenir en la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado de manera que se garantice la conformidad de ese acuerdo con las limitaciones derivadas de sus respectivas disposiciones internas. Por ejemplo, el presente proyecto de directriz prevé la posibilidad de que el tratado remita expresamente al derecho interno del Estado o a las reglas de la organización internacional o incluso condicione esa aplicación provisional a la no violación del derecho interno del Estado o las reglas de la organización⁶⁷⁶.

⁶⁷⁵ De conformidad con el art. 46, párr. 2, de la Convención de Viena de 1969 y el art. 46, párr. 3, de la Convención de Viena de 1986.

⁶⁷⁶ Véase, por ejemplo, el art. 45 del Tratado sobre la Carta de la Energía (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2080, núm. 36116, pág. 95). Véanse también los diversos ejemplos de acuerdos de libre comercio entre los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) y numerosos Estados (por ejemplo, Albania, Bosnia y Herzegovina, Canadá, Chile, Egipto, ex-República Yugoslava de Macedonia, Filipinas, Georgia, Líbano, México, Montenegro, Perú, República de Corea, Serbia, Singapur, Túnez y los Estados Centroamericanos, los Estados Miembros del Consejo de Cooperación del Golfo y los Estados de la Unión Aduanera de África Meridional (UAAM)), en los que se utilizan diferentes cláusulas en este sentido, como “si sus disposiciones constitucionales lo permiten”, “si sus disposiciones jurídicas lo permiten” o “si sus disposiciones internas lo permiten” (<http://www.efta.int/free-trade/free-trade-agreements>). Por ejemplo, el art. 43, párr. 2, del Acuerdo de Libre Comercio entre los Estados de la AELC y los Estados de la Unión Aduanera de África Meridional dispone lo siguiente:

Artículo 43 (Entrada en vigor)

[...]

2. Si sus disposiciones constitucionales lo permiten, cualquier Estado de la AELC o de la UAAM podrá aplicar el presente Acuerdo provisionalmente. La aplicación provisional de este Acuerdo en virtud del presente párrafo deberá notificarse al Depositario.

[...]

- 3) La palabra “acuerdo” en el título del proyecto de directriz refleja la base consensual de la aplicación provisional de los tratados.
- 4) El proyecto de directriz no debe interpretarse en el sentido de que implica la necesidad de un acuerdo distinto sobre la aplicabilidad de las limitaciones derivadas del derecho interno del Estado o de las reglas de la organización internacional de que se trate. Solo es necesario que la existencia de tales limitaciones derivadas del derecho interno esté suficientemente clara en el propio tratado, en un tratado distinto o en cualquier otra forma de acuerdo en aplicar provisionalmente un tratado o una parte de un tratado.
- 5) No debe interpretarse que el presente proyecto de directriz alienta a los Estados o las organizaciones internacionales a que incluyan en el acuerdo relativo a la aplicación provisional limitaciones derivadas del derecho interno del Estado o de las reglas de la organización.

Capítulo VI Protección de la atmósfera

A. Introducción

57. En su 65º período de sesiones (2013), la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema “Protección de la atmósfera”, con sujeción a un entendimiento, y nombró Relator Especial al Sr. Shinya Murase⁶⁷⁷.

58. La Comisión recibió y examinó el primer informe del Relator Especial en su 66º período de sesiones (2014); el segundo informe, en su 67º período de sesiones (2015); y el tercer informe, en su 68º período de sesiones (2016)⁶⁷⁸. Sobre la base de los proyectos de directriz propuestos por el Relator Especial en los informes segundo y tercero, la Comisión aprobó provisionalmente ocho proyectos de directriz y cinco párrafos del preámbulo, con sus comentarios⁶⁷⁹.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

59. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el cuarto informe del Relator Especial (A/CN.4/705 y Corr.1). El Relator Especial analizó varias cuestiones fundamentales que consideraba pertinentes para el tema, en particular, la interrelación entre el derecho internacional sobre la protección de la atmósfera y otros ámbitos del derecho internacional, como el derecho mercantil internacional y el derecho internacional de las inversiones, el derecho del mar y el derecho internacional de los derechos humanos. Según el Relator Especial, el derecho internacional sobre la protección de la atmósfera existía como tal y funcionaba en interrelación con otros ámbitos pertinentes del derecho internacional, en especial, el derecho mercantil internacional y el derecho internacional de las inversiones, el derecho del mar y el derecho de los derechos humanos. Esos ámbitos del derecho internacional tenían vínculos intrínsecos con el propio derecho relativo a la protección de la atmósfera. Por consiguiente, era necesario tratar esos ámbitos de manera integrada dentro del alcance del presente tema. A la luz del análisis, el Relator Especial propuso cuatro nuevos proyectos de directriz sobre: los principios rectores de interrelación (proyecto de directriz 9); la interrelación entre el derecho sobre la protección de la

⁶⁷⁷ En su 3197ª sesión, celebrada el 9 de agosto de 2013 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10)*), párr. 168. La Comisión incluyó el tema en su programa de trabajo, en el entendimiento de que: “a) la labor sobre el tema se desarrollará de manera que no interfiera con negociaciones políticas relevantes, como las relativas al cambio climático, la disminución del ozono y la contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia. Sin perjuicio de las cuestiones que se mencionan a continuación, en el tema no se abordarán aspectos como la responsabilidad (*liability*) de los Estados y sus nacionales, el principio de ‘quien contamina, paga’, el principio de precaución, las responsabilidades comunes pero diferenciadas y la transferencia de fondos y tecnología a los países en desarrollo, incluidos los derechos de propiedad intelectual; b) en el tema tampoco se abordarán sustancias específicas, como el carbono negro, el ozono troposférico y otras sustancias de doble impacto, que sean objeto de negociaciones entre los Estados. El proyecto no tratará de ‘llenar’ lagunas en los regímenes convencionales; c) las cuestiones relacionadas con el espacio ultraterrestre, incluida su delimitación, no formarán parte del tema; d) el resultado de la labor sobre el tema será un proyecto de directrices que no pretenda imponer en los regímenes convencionales en vigor normas o principios jurídicos que no figuren ya en ellos. Los informes del Relator Especial partirán de dicho entendimiento”. La Asamblea General, en el párrafo 6 de su resolución 68/112, de 16 de diciembre de 2013, tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo. El tema había sido incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión en su 63º período de sesiones (2011), sobre la base de la propuesta contenida en el anexo B del informe de la Comisión (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/66/10)*), párr. 365).

⁶⁷⁸ A/CN.4/667, A/CN.4/681 y Corr.1 (en chino únicamente) y A/CN.4/692, respectivamente.

⁶⁷⁹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/70/10)*, párrs. 53 y 54; e *ibid.*, septuagésimo primer período de sesiones, *Suplemento núm. 10 (A/71/10)*, párrs. 95 y 96.

atmósfera y el derecho mercantil internacional y el derecho internacional de las inversiones (proyecto de directriz 10); la interrelación del derecho sobre la protección de la atmósfera con el derecho del mar (proyecto de directriz 11); y la interrelación del derecho sobre la protección de la atmósfera con el derecho de los derechos humanos (proyecto de directriz 12).

60. El Relator Especial indicó que en 2018 esperaba ocuparse de: a) la aplicación (en el plano de la legislación nacional); b) el cumplimiento (en el plano del derecho internacional); y c) las características específicas del arreglo de controversias relacionadas con el derecho sobre la protección de la atmósfera. También esperaba concluir la primera lectura de los proyectos de directriz.

61. La Comisión examinó el cuarto informe del Relator Especial en sus sesiones 3355^a a 3359^a, celebradas los días 10, 11, 12, 16 y 17 de mayo de 2017, respectivamente.

62. El debate en sesión plenaria estuvo precedido por un diálogo con científicos organizado por el Relator Especial, que tuvo lugar el 4 de mayo de 2017⁶⁸⁰. Los miembros de la Comisión consideraron de utilidad el diálogo y las ponencias.

63. Tras el debate del informe, la Comisión, en su 3359^a sesión, celebrada el 17 de mayo de 2017, decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de directriz 9 a 11, como figuraban en el cuarto informe del Relator Especial, teniendo en cuenta el debate en la Comisión.

64. En su 3367^a sesión, celebrada el 2 de junio de 2017, la Comisión examinó el informe del Comité de Redacción y aprobó provisionalmente tres párrafos del preámbulo y el proyecto de directriz 9 (véase la sección C.1 *infra*).

65. En sus sesiones 3386^a y 3387^a, celebradas los días 2 y 3 de agosto de 2017, la Comisión aprobó los comentarios a los párrafos del preámbulo y el proyecto de directriz 9 aprobados provisionalmente en el actual período de sesiones (véase la sección C.2 *infra*).

C. Texto de los proyectos de directriz sobre la protección de la atmósfera, y de los párrafos del preámbulo, aprobados provisionalmente por la Comisión hasta el momento

1. Texto de los proyectos de directriz y de los párrafos del preámbulo

66. El texto de los proyectos de directriz sobre la protección de la atmósfera, y de los párrafos del preámbulo, aprobados provisionalmente por la Comisión hasta el momento figura a continuación.

Preámbulo

[...]

Reconociendo que la atmósfera es esencial para sostener la vida en la Tierra, la salud y el bienestar humanos y los ecosistemas acuáticos y terrestres,

⁶⁸⁰ El diálogo con científicos sobre la protección de la atmósfera estuvo presidido por el Sr. Shinya Murase, Relator Especial. El diálogo incluyó las siguientes ponencias: “Panorama general: los océanos y la atmósfera”, a cargo del Sr. Øystein Hov, Presidente de la Comisión de Ciencias Atmosféricas de la Organización Meteorológica Mundial; “La contaminación atmosférica transfronteriza y la Comisión Económica para Europa”, a cargo del Sr. Peringe Grennfelt, ex-Presidente del Grupo de Trabajo sobre los Efectos (Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia), de la Comisión Económica para Europa; “Los vínculos entre los océanos y la atmósfera”, a cargo del Sr. Tim Jickells, Copresidente del Grupo de Trabajo 38 del Grupo Mixto de Expertos sobre los Aspectos Científicos de la Protección del Medio Marino de la Organización Meteorológica Mundial; y “Los vínculos entre la ciencia y el derecho para la protección de la atmósfera”, a cargo del Sr. Arnold Kreilhuber, Jefe de la Dependencia de Derecho Ambiental Internacional (División de Derecho Ambiental y Convenios sobre el Medio Ambiente) del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Al diálogo siguió un turno de preguntas y respuestas. El resumen del diálogo oficioso puede consultarse en el sitio web de la Comisión.

Teniendo presente que el transporte y la dispersión de sustancias degradantes y contaminantes se producen en la atmósfera,

Observando la estrecha interacción que existe entre la atmósfera y los océanos,

Reconociendo, por tanto, que la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica es una preocupación acuciante de la comunidad internacional en su conjunto,

Consciente de la situación y las necesidades especiales de los países en desarrollo,

Consciente también, en particular, de la situación especial de las zonas costeras bajas y de los pequeños Estados insulares en desarrollo debido al ascenso del nivel del mar,

Observando que los intereses de las generaciones futuras en la conservación a largo plazo de la calidad de la atmósfera deben ser plenamente tenidos en cuenta,

Recordando que el proyecto de directrices no ha de interferir con negociaciones políticas relevantes, como las relativas al cambio climático, la disminución del ozono y la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia, y que tampoco pretende “llenar” lagunas de los regímenes convencionales ni imponer a los regímenes convencionales en vigor normas o principios jurídicos que no figuren ya en ellos,

[Tal vez se añadan nuevos párrafos y se cambie el orden de los ya existentes en una fase ulterior.]

[...]

Directriz 1

Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de directrices:

- a) Se entiende por “atmósfera” la envoltura de gases que circunda la Tierra;
- b) Se entiende por “contaminación atmosférica” la introducción o liberación en la atmósfera por el hombre, directa o indirectamente, de sustancias que contribuyan a producir efectos nocivos que se extiendan más allá del Estado de origen, de tal naturaleza que pongan en peligro la vida y la salud humanas y el medio ambiente natural de la Tierra;
- c) Se entiende por “degradación atmosférica” la alteración por el hombre, directa o indirectamente, de las condiciones atmosféricas, con efectos nocivos sensibles de tal naturaleza que pongan en peligro la vida y la salud humanas o el medio ambiente natural de la Tierra.

Directriz 2⁶⁸¹

Ámbito de aplicación de las directrices

1. El presente proyecto de directrices [contiene principios rectores relativos] [se refiere] a la protección de la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica.
2. El presente proyecto de directrices no aborda cuestiones relacionadas con el principio de “quien contamina, paga”, el principio de precaución, las responsabilidades comunes pero diferenciadas, la responsabilidad (*liability*) de los Estados y sus nacionales, y la transferencia de fondos y tecnología a los países en desarrollo, incluidos los derechos de propiedad intelectual, y se entiende sin perjuicio de esas cuestiones.

⁶⁸¹ Las formulaciones alternativas que figuran entre corchetes volverán a examinarse.

3. El presente proyecto de directrices no aborda sustancias específicas, como el carbono negro, el ozono troposférico y otras sustancias de doble impacto, que sean objeto de negociaciones entre los Estados.

4. Nada de lo dispuesto en el presente proyecto de directrices afecta a la condición jurídica del espacio aéreo prevista en el derecho internacional ni a cuestiones relacionadas con el espacio ultraterrestre, incluida su delimitación.

Directriz 3

Obligación de proteger la atmósfera

Los Estados tienen la obligación de proteger la atmósfera ejerciendo la debida diligencia en la adopción de medidas apropiadas, de conformidad con las normas aplicables del derecho internacional, para prevenir, reducir o controlar la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica.

Directriz 4

Evaluación del impacto ambiental

Los Estados tienen la obligación de velar por que se realice una evaluación del impacto ambiental de las actividades propuestas bajo su jurisdicción o control que tengan probabilidades de ocasionar perjuicios sensibles en la atmósfera en términos de contaminación atmosférica o degradación atmosférica.

Directriz 5

Utilización sostenible de la atmósfera

1. Dado que la atmósfera es un recurso natural con una capacidad de asimilación limitada, su utilización debe llevarse a cabo de manera sostenible.

2. La utilización sostenible de la atmósfera conlleva la necesidad de conciliar el desarrollo económico y la protección de la atmósfera.

Directriz 6

Utilización equitativa y razonable de la atmósfera

La atmósfera debe ser utilizada de manera equitativa y razonable, teniendo en cuenta los intereses de las generaciones presentes y futuras.

Directriz 7

Modificación deliberada a gran escala de la atmósfera

Las actividades que tengan por objeto una modificación deliberada a gran escala de la atmósfera deben llevarse a cabo con prudencia y cautela, de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables.

Directriz 8 [5]⁶⁸²

Cooperación internacional

1. Los Estados tienen la obligación de cooperar, según proceda, entre sí y con las organizaciones internacionales competentes, a fin de proteger la atmósfera de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica.

2. Los Estados deben cooperar para seguir aumentando los conocimientos científicos relativos a las causas y los efectos de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica. La cooperación podría incluir el intercambio de información y la vigilancia conjunta.

⁶⁸² En el 68º período de sesiones se cambió el número del proyecto de directriz. El número original se indica entre corchetes.

Directriz 9

Interrelación entre las normas pertinentes

1. Las normas de derecho internacional relativas a la protección de la atmósfera y otras normas pertinentes de derecho internacional, incluidas, entre otras, las normas del derecho mercantil internacional y el derecho internacional de las inversiones, del derecho del mar y del derecho internacional de los derechos humanos, deben ser, en la medida de lo posible, identificadas, interpretadas y aplicadas a fin de dar lugar a un solo conjunto de obligaciones compatibles, acordes con los principios de armonización e integración sistémica, y con miras a evitar los conflictos. Ello debe hacerse de conformidad con las normas pertinentes establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, entre otras los artículos 30 y 31, párrafo 3 c), y con los principios y normas del derecho internacional consuetudinario.

2. Los Estados, al elaborar nuevas normas de derecho internacional relativas a la protección de la atmósfera y otras normas pertinentes de derecho internacional, deben procurar hacerlo, en la medida de lo posible, de manera armoniosa.

3. Al aplicar los párrafos 1 y 2, debe prestarse especial atención a las personas y grupos particularmente vulnerables a la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica. Esos grupos pueden incluir, entre otros, los pueblos indígenas, la población de los países menos adelantados y la población de las zonas costeras bajas y los pequeños Estados insulares en desarrollo afectados por el ascenso del nivel del mar.

2. Texto de los proyectos de directriz y de los párrafos del preámbulo, con sus comentarios, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 69º período de sesiones

67. El texto de los proyectos de directriz y de los párrafos del preámbulo, con sus comentarios, aprobados por la Comisión en su 69º período de sesiones figura a continuación.

Preámbulo

[...]

Observando la estrecha interacción que existe entre la atmósfera y los océanos,

[...]

Comentario

1) Este párrafo del preámbulo reconoce la “estrecha interacción” que surge, como cuestión de hecho, de la relación física existente entre la atmósfera y los océanos. Una proporción considerable de la contaminación del medio marino desde la atmósfera o a través de ella proviene de fuentes terrestres, como las actividades antropógenas en tierra⁶⁸³. Las actividades humanas son también responsables del calentamiento de la Tierra, que provoca un aumento de la temperatura de los océanos y a su vez se traduce en condiciones atmosféricas extremas en forma de inundaciones y sequías⁶⁸⁴. En su resolución [71/257](#), de

⁶⁸³ R. A. Duce y otros, “The atmospheric input of trace species to the world ocean”, *Global Biogeochemical Cycles*, vol. 5, núm. 3 (1991), págs. 193 a 259; T. Jickells y C. M. Moore, “The importance of atmospheric deposition for ocean productivity”, *Annual Review of Ecology, Evolution, and Systematics*, vol. 46 (2015), págs. 481 a 501.

⁶⁸⁴ Según el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, “Cambio Climático 2014: Informe de Síntesis”, pág. 4: “El calentamiento del océano domina sobre el incremento de la energía almacenada en el sistema climático y representa más del 90% de la energía acumulada entre 1971 y 2010 (*nivel de confianza alto*), siendo únicamente en torno al 1% la energía almacenada en la atmósfera. A escala global, el calentamiento del océano es mayor cerca de la superficie. Los 75 m superiores se han calentado 0,11 [0,09 a 0,13] °C por decenio, durante el período comprendido entre

23 de diciembre de 2016, la Asamblea General confirmó el efecto del cambio climático en los océanos y destacó la importancia de mejorar la comprensión científica de la interfaz entre los océanos y la atmósfera⁶⁸⁵.

2) En 2015 se finalizó la primera evaluación integrada del medio marino a escala mundial (primera Evaluación Mundial de los Océanos), un estudio general y exhaustivo del estado del medio marino, con un capítulo que abordaba en parte las sustancias que contaminan los océanos a través de la atmósfera desde fuentes terrestres⁶⁸⁶. El resumen del informe fue aprobado por la Asamblea General en su septuagésimo período de sesiones⁶⁸⁷.

3) Entre las diversas actividades humanas que tienen un impacto en los océanos, las emisiones de gases de efecto invernadero procedentes de los buques contribuyen al calentamiento de la Tierra y el cambio climático. El estudio realizado en 2009 por la Organización Marítima Internacional (OMI) sobre las emisiones de gases de efecto invernadero procedentes de los buques las clasificó en cuatro categorías: emisiones de gases de escape, emisiones de la carga, emisiones de refrigerantes y otras emisiones⁶⁸⁸. Las investigaciones indican que las emisiones excesivas de gases de efecto invernadero procedentes de los buques alteran la composición de la atmósfera y el clima y afectan negativamente al medio marino y la salud humana⁶⁸⁹.

4) La Asamblea General ha seguido insistiendo en la urgencia de hacer frente a los efectos de la degradación atmosférica, como el aumento de las temperaturas mundiales, el

1971 y 2010. Es *prácticamente seguro* que la capa superior del océano (0-700 m) se haya calentado entre 1971 y 2010, y es *probable* que se haya calentado entre la década de 1870 y 1971.” Debido al aumento de la temperatura de los océanos, muchos análisis científicos indican que existe un riesgo de sequía grave y generalizada en el siglo XXI en muchas zonas de tierras. Véanse S. K. Min y otros, “Human contribution to more-intense precipitation extremes”, *Nature*, vol. 470 (2011), págs. 378 a 381; A. Dai, “Increasing drought under global warming in observations and models”, *Nature Climate Change*, vol. 3, núm. 1 (2013), págs. 52 a 58; y J. Sheffield, E. F. Wood y M. L. Roderick, “Little change in global drought over the past 60 years”, *Nature*, vol. 491 (2012), págs. 435 a 438. Véanse también Ø. Hov, “Overview: oceans and the atmosphere” y T. Jickells, “Linkages between the oceans and the atmosphere”, en “Summary of the informal meeting of the International Law Commission: dialogue with atmospheric scientists (third session), 4 May 2017”, párrs. 4 a 12 y 21 a 30, respectivamente. Puede consultarse en http://legal.un.org/docs/?path=..ilc/sessions/69/pdfs/english/informal_dialogue_4may2017.pdf&lang=E.

⁶⁸⁵ Resolución 71/257 de la Asamblea General, de 23 de diciembre de 2016, sobre los océanos y el derecho del mar, párrs. 185 a 196 y 279.

⁶⁸⁶ División de las Naciones Unidas de Asuntos Oceánicos y del Derecho del Mar, “Primera evaluación integrada del medio marino a escala mundial (primera Evaluación Mundial de los Océanos)”. Puede consultarse en inglés en http://www.un.org/depts/los/global_reporting/WOA_RegProcess.htm (consultado el 7 de julio de 2017) (véase, en particular, el cap. 20, “Aportaciones de fuentes terrestres a las costas, las vías fluviales y la atmósfera”).

⁶⁸⁷ Resolución 70/235 de la Asamblea General, de 23 de diciembre de 2015.

⁶⁸⁸ Ø. Buhaug y otros, *Second IMO GHG Study 2009* (Londres, OMI, 2009), pág. 23. Véase también T.W. P. Smith y otros, *Third IMO GHG Study 2014* (Londres, OMI, 2014), resumen, cuadro 1. M. Righi, J. Hendricks y R. Sausen, “The global impact of the transport sectors on atmospheric aerosol in 2030 – Part 1: land transport and shipping”, *Atmospheric Chemistry and Physics*, vol. 15 (2015), págs. 633 a 651.

⁶⁸⁹ La mayor parte de las emisiones de gases de efecto invernadero procedentes de los buques se emiten en la capa límite marina o se transportan a ella, donde afectan a la composición de la atmósfera. Véase, por ejemplo, V. Eyring y otros, “Transport impacts on atmosphere and climate: shipping”, *Atmospheric Environment*, vol. 44, núm. 37 (2010), págs. 4735, 4744, 4745, 4752 y 4753. En el Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático se afirmó que las emisiones de gases de efecto invernadero han provocado el calentamiento de los océanos mundiales, el aumento de la temperatura de los océanos y la acidificación de los océanos (Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, “Cambio climático 2014. Informe de síntesis”, que puede consultarse en https://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/syr/SYR_AR5_FINAL_full_es.pdf (consultado el 7 de julio de 2017), pág. 40; D. E. J. Currie y K. Wowk, “Climate change and CO₂ in the oceans and global oceans governance”, *Carbon and Climate Law Review*, vol. 3, núm. 4 (2009), págs. 387 y 389; C. Schofield, “Shifting limits? Sea level rise and options to secure maritime jurisdictional claims”, *Carbon and Climate Law Review*, vol. 3, núm. 4 (2009), pág. 12; y S. R. Cooley y J. T. Mathis, “Addressing ocean acidification as part of sustainable ocean development”, *Ocean Yearbook*, vol. 27 (2013), págs. 29 a 47.

ascenso del nivel del mar, la acidificación de los océanos y otras repercusiones del cambio climático que están afectando gravemente a las zonas costeras y los países con zonas costeras bajas, incluidos muchos países menos adelantados y pequeños Estados insulares en desarrollo, y amenazando la supervivencia de muchas sociedades⁶⁹⁰.

5) Este párrafo del preámbulo está vinculado al párrafo 1 del proyecto de directriz 9 en el sentido de que el vínculo físico que existe entre la atmósfera y los océanos constituye la base física de la relación entre las normas relativas a la protección de la atmósfera y las normas del derecho del mar⁶⁹¹.

Preámbulo

[...]

Consciente también, en particular, de la especial situación de las zonas costeras bajas y de los pequeños Estados insulares en desarrollo debido al ascenso del nivel del mar,

[...]

Comentario

1) Este párrafo del preámbulo se refiere a uno de los efectos más profundos de la degradación atmosférica, como es el ascenso del nivel del mar causado por el calentamiento de la Tierra. Destaca en particular la situación especial de las zonas costeras bajas y de los pequeños Estados insulares en desarrollo debido al ascenso del nivel del mar. El Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático calcula que es probable que la media mundial del ascenso del nivel del mar alcance de 26 cm a 98 cm en el año 2100⁶⁹². Las cifras y los niveles de variación exactos siguen siendo inciertos, pero en el informe se afirma que es “prácticamente seguro” que el nivel del mar siga subiendo en el siglo XXI y en los siglos posteriores, incluso aunque se establezcan las concentraciones de emisiones de gases de efecto invernadero. Además, es probable que el ascenso del nivel del mar muestre “un fuerte patrón regional y algunos lugares experimenten desviaciones considerables en la variación local y regional del nivel del mar respecto de la variación media mundial”⁶⁹³. Ese grado de variación del nivel del mar puede suponer una amenaza potencialmente grave, tal vez incluso desastrosa, para muchas zonas costeras, en particular aquellas con zonas costeras bajas muy extensas y densamente pobladas, así como para los pequeños Estados insulares en desarrollo⁶⁹⁴.

⁶⁹⁰ Resolución 70/1 de la Asamblea General, de 25 de septiembre de 2015, Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, párr. 14 (“El cambio climático es uno de los mayores retos de nuestra época y sus efectos adversos menoscaban la capacidad de todos los países para alcanzar el desarrollo sostenible. La subida de la temperatura global, la elevación del nivel del mar, la acidificación de los océanos y otros efectos del cambio climático están afectando gravemente a las zonas costeras y los países costeros de baja altitud, incluidos numerosos países menos adelantados y pequeños Estados insulares en desarrollo. Peligra la supervivencia de muchas sociedades y de los sistemas de sostén biológico del planeta.). Véase también “Los océanos y el derecho del mar: informe del Secretario General” (A/71/74/Add.1), cap. VIII (“Los océanos y el cambio climático y la acidificación de los océanos”), párrs. 115 a 122.

⁶⁹¹ Véase, *infra*, el párrafo 6) del comentario al proyecto de directriz 9.

⁶⁹² Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, *Climate Change 2013: The Physical Science Basis. Working Group I Contribution to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* (Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2013), pág. 1180.

⁶⁹³ *Ibid.*, pág. 1140.

⁶⁹⁴ Véase A. H. A. Soons, “The effects of a rising sea level on maritime limits and boundaries”, *Netherlands International Law Review*, vol. 37, núm. 2 (1990), págs. 207 a 232; M. Hayashi, “Sea-level rise and the law of the sea: future options”, en *The World Ocean in Globalisation: Challenges and Responses* (Leiden, Brill/Martinus Nijhoff, 2011), págs. 188 y ss. Véanse también International Law Association, *Report of the Seventy-fifth Conference held in Sofia, August 2012* (Londres, 2012), págs. 385 a 428; e International Law Association, *Johannesburg Conference (2016): International Law and Sea Level Rise* (informe provisional), págs. 13 a 18.

2) Este párrafo del preámbulo está vinculado a la interrelación entre las normas de derecho internacional relativas a la protección de la atmósfera y las normas del derecho del mar mencionadas en el párrafo 1 del proyecto de directriz 9⁶⁹⁵. También está vinculado a la especial atención que debe prestarse a las personas y grupos en situación vulnerable a que se hace referencia en el párrafo 3 del proyecto de directriz 9⁶⁹⁶. Con las palabras “en particular” se pretende mencionar determinadas zonas sin necesidad de limitar la lista de posibles zonas afectadas.

Preámbulo

[...]

Observando que los intereses de las generaciones futuras en la conservación a largo plazo de la calidad de la atmósfera deben ser plenamente tenidos en cuenta,

[...]

Comentario

1) Este párrafo del preámbulo pone de relieve los intereses de las generaciones futuras, entre otras cosas con miras a la protección de los derechos humanos. Se trata de que el planeta siga siendo habitable para las generaciones futuras. Al adoptar medidas para proteger la atmósfera en la actualidad, es importante tener en cuenta la conservación de la calidad de la atmósfera a largo plazo. En su preámbulo, el Acuerdo de París sobre el Cambio Climático de 2015, tras reconocer que el cambio climático es un problema común de la humanidad, dispone que las partes, al adoptar medidas para hacer frente al cambio climático, deberían respetar, promover y tomar en consideración, entre otras cosas, sus respectivas obligaciones con respecto a los derechos humanos, así como la equidad intergeneracional⁶⁹⁷. La importancia de las consideraciones “intergeneracionales” ya se afirmó en el principio 1 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo) de 1972⁶⁹⁸. También sirve de base al concepto de desarrollo sostenible, formulado en el Informe Brundtland de 1987, *Nuestro Futuro Común*⁶⁹⁹, y orienta la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible⁷⁰⁰. Además, se refleja en el preámbulo del Convenio sobre la Diversidad Biológica, de 1992⁷⁰¹, así como en otros tratados⁷⁰². El artículo 3, párrafo 1, de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, de 1992, establece que “[l]as Partes deberían proteger el sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras”⁷⁰³. La Corte Internacional de Justicia ha señalado en su opinión consultiva de 1996 relativa a las *Armas*

⁶⁹⁵ Véase, *infra*, el párrafo 6) del comentario al proyecto de directriz 9.

⁶⁹⁶ Véase, *infra*, el párrafo 16) del comentario al proyecto de directriz 9.

⁶⁹⁷ Acuerdo de París en virtud de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (París, 12 de diciembre de 2015), documento [FCCC/CP/2015/10/Add.1](#), anexo.

⁶⁹⁸ Véase el *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, núm. de venta S.73.II.A.14), cap. I. La Declaración fue refrendada por la Asamblea General en su resolución [2994 \(XXVII\)](#), de 15 de diciembre de 1972. El principio 1 de la Declaración se refiere a la “solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras”.

⁶⁹⁹ Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo: *Nuestro Futuro Común* (Oxford, Oxford University Press, 1987). Se destacó la importancia de que “el desarrollo satisfaga las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones” (pág. 43).

⁷⁰⁰ Resolución [70/1](#) de la Asamblea General, de 25 de septiembre de 2015, en la que se destaca la necesidad de proteger el planeta contra la degradación de manera que pueda “satisfacer las necesidades de las generaciones presentes y futuras”.

⁷⁰¹ Convenio sobre la Diversidad Biológica (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1760, núm. 30619, pág. 79). En el preámbulo del Convenio se habla de conservar y utilizar de manera sostenible la diversidad biológica “en beneficio de las generaciones actuales y futuras”.

⁷⁰² El artículo 4 vi) de la Convención Conjunta sobre Seguridad en la Gestión del Combustible Gastado y sobre Seguridad en la Gestión de Desechos Radiactivos (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2153, núm. 37605, pág. 303) dispone que las partes deberán “esforzarse en evitar acciones cuyas repercusiones razonablemente previsibles en las generaciones futuras sean mayores que las permitidas para la generación presente”.

⁷⁰³ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1771, núm. 30822, pág. 107 y ss., en especial pág. 169.

nucleares, con respecto a tales armas, que es imperativo tener en cuenta “en particular [...] su capacidad de perjudicar a las generaciones futuras”⁷⁰⁴.

2) La Comisión optó por el término “intereses” en lugar de “beneficio” en el presente párrafo del preámbulo. Se utilizó una fórmula similar en el proyecto de directriz 6 aprobado provisionalmente por la Comisión en su 68º período de sesiones, que se refiere a los intereses de las generaciones futuras en el contexto de la “utilización equitativa y razonable de la atmósfera”⁷⁰⁵.

Directriz 9

Interrelación entre las normas pertinentes

1. Las normas de derecho internacional relativas a la protección de la atmósfera y otras normas pertinentes de derecho internacional, incluidas, entre otras, las normas del derecho mercantil internacional y el derecho internacional de las inversiones, del derecho del mar y del derecho internacional de los derechos humanos, deben ser, en la medida de lo posible, identificadas, interpretadas y aplicadas a fin de dar lugar a un solo conjunto de obligaciones compatibles, acordes con los principios de armonización e integración sistémica, y con miras a evitar los

⁷⁰⁴ *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 226 y ss., en especial pág. 244, párr. 36.

⁷⁰⁵ Aunque por el momento no hay decisiones de tribunales internacionales en relación con los derechos intergeneracionales consuetudinarios, ha habido muchas decisiones de tribunales nacionales, que pueden constituir práctica a los efectos del derecho internacional consuetudinario, en las que se reconoce la equidad intergeneracional; véanse C. Redgwell, “Intra- and inter-generational equity”, en *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*, C. P. Carlarne, K. R. Gray y R. G. Tarasofsky (eds.) (Oxford, Oxford University Press, 2016), págs. 185 a 201, en especial pág. 198. Véase también Australia: *Gray v. Minister for Planning*, [2006] NSWLEC 720; India: *Vellore Citizens' Welfare Forum and State of Tamil Nadu (joining) v Union of India and others*, demanda relativa al interés público, 1996 5 SCR 241, ILDC 443 (IN 1996); Kenya: *Waweru, Mwangi (joining) and others (joining) v Kenya*, demanda civil conjunta, asunto núm. 118 de 2004, demanda núm. 118/04, ILDC 880 (KE 2006); Sudáfrica: *Fuel Retailers Association of South Africa v. Director-General, Environmental Management, Department of Agriculture, Conservation and Environment, Mpumalanga Province, and others*, [2007] ZACC 13, 10 BCLR 1059; Pakistán: *Rabab Ali v. Federation of Pakistan*, demanda interpuesta el 6 de abril de 2016 (cuyo expediente puede consultarse en www.ourchildrenstrust.org/pakistan). En relación con el comentario, véanse E. Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony, and Intergenerational Equity* (Tokio, Dependencia de Publicaciones de las Naciones Unidas, 1989), pág. 96; M. Bruce, “Institutional aspects of a charter of the rights of future generations”, en *Our Responsibilities Towards Future Generations*, S. Busuttill y otros (eds.) (Valetta, UNESCO y Fundación de Estudios Internacionales, Universidad de Malta, 1990), págs. 127 a 131; T. Allen, “The Philippine children’s case: recognizing legal standing for future generations”, *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 6 (1994), págs. 713 a 741 (donde se hace referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de Filipinas en *Minors Oposa et al. v. Factoran* (30 de julio de 1993), ILM, vol. 33 (1994), pág. 168). En algunos de esos procedimientos se reconoció la legitimación activa sobre la base de la “doctrina del fideicomiso público”, que hace a los Gobiernos responsables, como fideicomisarios, de la gestión de los recursos ambientales comunes. Véanse M. C. Wood y C. W. Woodward IV, “Atmospheric trust litigation and the constitutional right to a healthy climate system: judicial recognition at last”, *Washington Journal of Environmental Law and Policy*, vol. 6 (2016), págs. 634 a 684; C. Redgwell, *Intergenerational Trusts and Environmental Protection* (Manchester, Manchester University Press, 1999); K. Coghill, C. Sampford y T. Smith (eds.), *Fiduciary Duty and the Atmospheric Trust* (Londres, Routledge, 2012); M. C. Blumm y M. C. Wood, *The Public Trust Doctrine in Environmental and Natural Resources Law*, 2ª ed. (Durham, Carolina del Norte, Carolina Academic Press, 2015); y K. Bosselmann, *Earth Governance: Trusteeship of the Global Commons* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015). En una sentencia de 13 de diciembre de 1996, el Tribunal Supremo de la India declaró que la doctrina del fideicomiso público era “derecho nacional”; *M. C. Mehta v. Kamal Nath and others* (1997) 1 Supreme Court Cases 388, reproducido en C. O. Okidi (ed.), *Compendium of Judicial Decisions in Matters Related to Environment: National Decisions*, vol. I (Nairobi, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente/Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 1998), pág. 259. Véase J. Razzaque, “Application of public trust doctrine in Indian environmental cases”, *Journal of Environmental Law*, vol. 13, núm. 2 (2001), págs. 221 a 234.

conflictos. Ello debe hacerse de conformidad con las normas pertinentes establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, entre otras los artículos 30 y 31, párrafo 3 c), y con los principios y normas del derecho internacional consuetudinario.

2. Los Estados, al elaborar nuevas normas de derecho internacional relativas a la protección de la atmósfera y otras normas pertinentes de derecho internacional, deben procurar hacerlo, en la medida de lo posible, de manera armoniosa.

3. Al aplicar los párrafos 1 y 2, debe prestarse especial atención a las personas y grupos particularmente vulnerables a la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica. Esos grupos pueden incluir, entre otros, los pueblos indígenas, la población de los países menos adelantados y la población de las zonas costeras bajas y los pequeños Estados insulares en desarrollo afectados por el ascenso del nivel del mar.

Comentario

1) El proyecto de directriz 9 se refiere a la “interrelación entre las normas pertinentes”⁷⁰⁶ y trata de reflejar la relación entre las normas de derecho internacional relativas a la protección de la atmósfera y otras normas pertinentes de derecho internacional. Los párrafos 1 y 2 son de carácter general, mientras que en el párrafo 3 se hace hincapié en la protección de los grupos que son particularmente vulnerables a la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica. La contaminación atmosférica y la degradación atmosférica se definen en el proyecto de directriz 1 relativo a los términos empleados. Esos términos se centran en la contaminación y la degradación causadas “por el hombre”. Ello significa necesariamente que las actividades humanas reguladas por otros ámbitos del derecho influyen en la atmósfera y su protección. Por tanto, es importante evitar, en la medida de lo posible, conflictos y tensiones entre las normas relativas a la protección de la atmósfera y las normas relativas a otros ámbitos del derecho internacional. Así pues, en el proyecto de directriz 9 se destacan las diversas técnicas previstas en el derecho internacional para abordar las tensiones entre normas y principios jurídicos, ya sea en su interpretación o en caso de conflicto. El texto del proyecto de directriz 9 se basa en las conclusiones alcanzadas por el Grupo de Estudio de la Comisión sobre la fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional⁷⁰⁷.

2) El párrafo 1 se refiere a tres tipos de procesos jurídicos: la identificación de las normas pertinentes, su interpretación y su aplicación. La expresión “y con miras a evitar los conflictos” al final de la primera oración del párrafo indica que “evitar los conflictos” es uno de los principales propósitos del párrafo. No obstante, no es el único objetivo del proyecto de directriz. El párrafo se ha redactado en forma pasiva en reconocimiento del hecho de que en el proceso de identificación, interpretación y aplicación no solo intervienen Estados, sino también, en su caso, organizaciones internacionales.

3) Las palabras “deben ser, en la medida de lo posible, identificadas, interpretadas y aplicadas a fin de dar lugar a un solo conjunto de obligaciones compatibles” se basan en las conclusiones del Grupo de Estudio de la Comisión sobre la fragmentación. El término “identificadas” es particularmente pertinente en relación con las normas derivadas de obligaciones convencionales y de otras fuentes del derecho internacional. Para coordinar normas, es necesario adoptar ciertas medidas preliminares en relación con la identificación,

⁷⁰⁶ Véase el proyecto de artículo 10 (relativo a la interrelación) de la resolución 2/2014 de la International Law Association sobre la declaración de principios jurídicos relativos al cambio climático, *Report of the Seventy-sixth Conference held in Washington D.C., August 2014* (Londres, 2014), pág. 26.

⁷⁰⁷ *Anuario...*, 2006, vol. II (segunda parte), párr. 251. Véase la conclusión 2) sobre las “relaciones de interpretación” y las “relaciones de conflicto”. Véase el estudio analítico en “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, elaborado por Martti Koskeniemi (A/CN.4/L.682 y Corr.1 y Add.1).

por ejemplo determinar si dos normas se ocupan de “la misma materia” y qué norma debe considerarse *lex generalis* o *lex specialis* y *lex anterior* o *lex posterior*, así como si se aplica la norma *pacta tertiis*. Además, para recurrir a normas de derecho internacional consuetudinario con fines de interpretación, es indispensable identificar primero el derecho internacional consuetudinario en sí.

4) La primera oración también contiene una referencia específica a los principios de “armonización e integración sistémica”, a los que se concede especial atención en las conclusiones de los trabajos del Grupo de Estudio. Como se señala en la conclusión 4), relativa a la armonización, cuando varias normas tratan de la misma cuestión, esas normas deben interpretarse, en la medida de lo posible, de modo que den lugar a “una sola serie de obligaciones compatibles”. Además, según la conclusión 17), la integración sistémica indica que “los tratados, independientemente de la materia que constituya su objeto, son creación del sistema jurídico internacional”. Por consiguiente, deben interpretarse en el contexto de otras normas y principios internacionales.

5) La segunda oración del párrafo 1 trata de situar el párrafo entre las normas pertinentes establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969⁷⁰⁸, incluidos los artículos 30 y 31, párrafo 3 c), y los principios y normas del derecho internacional consuetudinario. El artículo 31, párrafo 3 c), pretende garantizar una “interpretación sistémica” al exigir que se tenga en cuenta “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”⁷⁰⁹. En otras palabras, el artículo 31, párrafo 3 c), de la Convención de Viena de 1969 pone de relieve la “unidad del derecho internacional” y “el sentido de que las normas no deben considerarse aisladamente del derecho internacional general”⁷¹⁰. El artículo 30 de la Convención de Viena de 1969 establece normas para resolver un conflicto si dicho principio de integración sistémica no resulta eficaz en una determinada circunstancia. El artículo 30 prevé normas de conflicto de *lex specialis* (párrafo 2), de *lex posterior* (párrafo 3) y de *pacta tertiis* (párrafo 4)⁷¹¹. La expresión “principios y normas del derecho internacional consuetudinario”, en la segunda oración del párrafo 1, designa los principios y normas del derecho internacional consuetudinario que son relevantes para la identificación, interpretación y aplicación de normas pertinentes⁷¹².

6) La fórmula “incluidas, entre otras, las normas del derecho mercantil internacional y el derecho internacional de las inversiones, del derecho del mar y del derecho internacional de los derechos humanos” pone de relieve la importancia práctica de estas tres esferas en su relación con la protección de la atmósfera. Los ámbitos que se especifican tienen estrechos vínculos con las normas de derecho internacional relativas a la protección de la atmósfera a nivel de práctica convencional, jurisprudencia y doctrina⁷¹³. No se obvian otras ramas del derecho que pueden ser igualmente pertinentes, y la lista incluida no pretende ser

⁷⁰⁸ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, núm. 18232, pág. 331.

⁷⁰⁹ Véase, por ejemplo, OMC, informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos*, WT/DS58/AB/R, 6 de noviembre de 1998, párr. 158. Véase también *Al-Adsani v. the United Kingdom*, demanda núm. 35763/97, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2001-XI, párr. 55.

⁷¹⁰ P. Sands, “Treaty, custom and the cross-fertilization of international law”, *Yale Human Rights and Development Law Journal*, vol. 1 (1998), pág. 95, párr. 25; C. McLachlan, “The principle of systemic integration and article 31 (3) (c) of the Vienna Convention”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54 (2005), pág. 279; O. Corten y P. Klein (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, vol. 1 (Oxford, Oxford University Press, 2011), págs. 828 y 829.

⁷¹¹ *Ibid.*, págs. 791 a 798.

⁷¹² Cabe señalar que el Entendimiento de la OMC relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias (Acuerdo de Marrakech por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1869, núm. 31874, pág. 3, anexo 2, pág. 401) establece en su art. 3, párr. 2, que “[e]l sistema de solución de diferencias de la OMC [...] sirve para [...] aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público” (sin cursiva en el original).

⁷¹³ Véase International Law Association, *Report of the Seventy-sixth Conference held in Washington...* (nota 706 *supra*); y A. Boyle, “Relationship between international environmental law and other branches of international law”, en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, D. Bodansky, J. Brunée y E. Hey (eds.) (Oxford, Oxford University Press, 2007), págs. 125 a 146.

exhaustiva. Además, no cabe interpretar que ningún aspecto del proyecto de directriz 9 subordine las normas de derecho internacional de las ramas citadas a las normas relativas a la protección de la atmósfera, y viceversa.

7) Con respecto al derecho mercantil internacional, se ha establecido el concepto de apoyo mutuo para contribuir a conciliar ese derecho con el derecho internacional del medio ambiente, que se refiere en parte a la protección de la atmósfera. El Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio⁷¹⁴ (OMC), de 1994, dispone en su preámbulo que su propósito es conciliar las metas del desarrollo y el comercio con las necesidades ambientales “de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible”⁷¹⁵. El Comité de Comercio y Medio Ambiente de la OMC comenzó a llevar a cabo sus actividades “con el objetivo de lograr que las políticas sobre comercio internacional y las políticas ambientales se apoyen mutuamente”⁷¹⁶ y, en su informe de 1996 a la Conferencia Ministerial de Singapur, dicho Comité reiteró su posición de que el sistema de la OMC y la protección del medio ambiente son “dos esferas de la formulación de políticas [que] son a la vez importantes y han de apoyarse recíprocamente para promover el desarrollo sostenible”⁷¹⁷. Dado que el concepto de “apoyo mutuo” ha pasado gradualmente a ser considerado “una norma jurídica *interna* de la OMC”⁷¹⁸, en la Declaración Ministerial de Doha de 2001 se expresa la convicción de los Estados de que los objetivos de “actuar para la protección del medio ambiente y la promoción del desarrollo sostenible pueden y deben apoyarse mutuamente”⁷¹⁹. En el derecho mercantil internacional, el apoyo mutuo se considera parte del principio de armonización en la interpretación de normas contradictorias de diferentes tratados. Entre los diversos asuntos de solución de diferencias de la OMC pertinentes, destaca el asunto *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, de 1996, porque el Órgano de Apelación se negó a separar las normas del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (el GATT de 1994) de otras normas de interpretación del derecho internacional público al afirmar que “no debe leerse el *Acuerdo General* aislándolo clínicamente del derecho internacional público” (sin cursiva en el original)⁷²⁰, y apoyó firmemente el principio interpretativo de armonización e integración sistémica.

⁷¹⁴ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vols. 1867 a 1869, núm. 31874.

⁷¹⁵ *Ibid.*, vol. 1867, núm. 31874, pág. 154.

⁷¹⁶ Comité de Negociaciones Comerciales, decisión de 14 de abril de 1994, MTN.TNC/45(MIN), anexo II, pág. 17.

⁷¹⁷ OMC, Comité de Comercio y Medio Ambiente, Informe (1996) WT/CTE/1 (12 de noviembre de 1996), párr. 167.

⁷¹⁸ J. Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law* (Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2003); R. Pavoni, “Mutual supportiveness as a principle of interpretation and law-making: a watershed for the ‘WTO-and-competing regimes’ debate?”, *European Journal of International Law*, vol. 21, núm. 3 (2010), págs. 651 y 652. Véanse también S. Murase, “Perspectives from international economic law on transnational environmental issues”, *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 253 (Leiden, Martinus Nijhoff, 1996), págs. 283 a 431, reproducido en S. Murase, *International Law: An Integrative Perspective on Transboundary Issues* (Tokio, Sophia University Press, 2011), págs. 1 a 127; y S. Murase, “Conflict of international regimes: trade and the environment”, *ibid.*, págs. 130 a 166.

⁷¹⁹ Adoptada en Doha el 14 de noviembre de 2001 en el cuarto período de sesiones de la Conferencia Ministerial de la OMC, WT/MIN(01)/DEC/1, párr. 6. En la Declaración Ministerial de Hong Kong de 2005 se reafirmó “el mandato establecido en el párrafo 31 de la Declaración Ministerial de Doha, encaminado a potenciar el apoyo mutuo del comercio y el medio ambiente...” (adoptada el 18 de diciembre de 2005 en el sexto período de sesiones de la Conferencia Ministerial de Hong Kong (China), WT/MIN(05)/DEC, párr. 31).

⁷²⁰ OMC, informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, WT/DS2/AB/R, 29 de abril de 1996, pág. 20. Véase también S. Murase, “Unilateral measures and the WTO dispute settlement” (donde se analiza el asunto *Gasolina*), en *Asian Dragons and Green Trade: Environment, Economics and International Law*, S. C. Tay y D. C. Esty (eds.) (Singapur, Times Academic Press, 1996), págs. 137 a 144.

8) Se observan tendencias y enfoques similares en el derecho internacional de las inversiones. Los acuerdos de libre comercio, que contienen varias cláusulas de inversión, como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte⁷²¹, y numerosos tratados bilaterales de inversión⁷²² también incluyen normas en relación con el medio ambiente, lo que ha sido confirmado por la jurisprudencia de los correspondientes órganos de solución de controversias. Algunos tribunales sobre inversiones han destacado que los tratados de inversión “no pueden leerse ni interpretarse aisladamente del derecho internacional público”⁷²³.

9) Lo mismo ocurre con el derecho del mar. La protección de la atmósfera está intrínsecamente vinculada a los océanos y al derecho del mar debido a la estrecha interacción física entre la atmósfera y los océanos. En el preámbulo del Acuerdo de París se observa “la importancia de garantizar la integridad de todos los ecosistemas, incluidos los océanos”. Este vínculo también se confirma en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982⁷²⁴, que define en su artículo 1, párrafo 1 4), la expresión “contaminación del medio marino” de modo que incluye todas las fuentes de contaminación marina por el aire, incluida la contaminación atmosférica de origen terrestre y causada por buques⁷²⁵. La Convención contiene disposiciones detalladas sobre la protección y preservación del medio marino en su Parte XII, en particular en los artículos 192, 194, 207, 211 y 212. Varias convenciones regionales regulan la contaminación marina de origen terrestre⁷²⁶. La OMI ha tratado de regular la contaminación causada por buques en el marco de sus iniciativas encaminadas a complementar las

⁷²¹ Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre el Gobierno del Canadá, el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Estados Unidos de América (Washington, D.C., United States Government Printing Office, 1993). Véanse, en particular, los arts. 104, párr. 1, y 1114.

⁷²² Existen diversos modelos de tratados bilaterales de inversión, tales como el modelo de acuerdo bilateral de inversión del Canadá, de 2004, que puede consultarse en www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf; el modelo de acuerdo bilateral de inversión de Colombia, de 2007, que puede consultarse en www.italaw.com/documents/inv_model_bit_colombia.pdf; el modelo de acuerdo bilateral de inversión de los Estados Unidos, de 2012, que puede consultarse en www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1028.pdf; y el Acuerdo internacional modelo del IISD sobre inversión para el desarrollo sostenible, de 2005, en H. Mann and others, *IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development*, 2ª ed. (Winnipeg, 2005), art. 34, que puede consultarse en www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_agreement.pdf. Véanse también Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Investment Policy Framework for Sustainable Development* (2015), págs. 91 a 121, que puede consultarse en http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf; P. Muchlinski, “Negotiating new generation international investment agreements: new sustainable development-oriented initiatives”, en *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, S. Hindelang y M. Krajewski (eds.) (Oxford, Oxford University Press, 2016), págs. 41 a 64.

⁷²³ *Phoenix Action Ltd. v. the Czech Republic*, caso CIADI núm. ARB/06/5, laudo, 15 de abril de 2009, párr. 78.

⁷²⁴ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1833, núm. 31363, pág. 3. Antes de la Convención, el único instrumento internacional reseñable era el Tratado de 1963 por el que se Prohíben los Ensayos con Armas Nucleares en la Atmósfera, el Espacio Ultraterrestre y Debajo del Agua (*ibid.*, vol. 480, pág. 43).

⁷²⁵ M. H. Nordquist y otros (eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, vol. II (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991), págs. 41 y 42.

⁷²⁶ Por ejemplo, el Convenio para la Protección del Medio Marino del Atlántico Nordeste (Naciones Unidas, *Treaty Series*, núm. 42279, pág. 67 y ss., en especial pág. 71, art. 1 e)); el Convenio sobre la Protección del Medio Marino de la Zona del Mar Báltico (*ibid.*, vol. 1507, núm. 25986, pág. 166 y ss., en especial pág. 169, art. 2, párr. 2); el Protocolo para la Protección del Mar Mediterráneo contra la Contaminación de Origen Terrestre (*ibid.*, vol. 1328, núm. 22281, pág. 105 y ss., en especial pág. 121, art. 4, párr. 1 b)); el Protocolo para la protección del Pacífico sudeste contra la contaminación proveniente de fuentes terrestres (*ibid.*, vol. 1648, núm. 28327, pág. 73 y ss., en especial pág. 90, art. II c)); y el Protocolo sobre la protección del medio marino contra la contaminación de origen terrestre al Convenio Regional de Kuwait sobre Cooperación para la Protección del Medio Marino contra la Contaminación (*ibid.*, vol. 2399, núm. 17898, pág. 3 y ss., en especial pág. 40, art. III).

disposiciones de la Convención⁷²⁷ y luchar contra el cambio climático⁷²⁸. La aplicación efectiva de las normas del derecho del mar aplicables podría contribuir a la protección de la atmósfera. Del mismo modo, la aplicación efectiva de las normas sobre la protección del medio ambiente podría proteger los océanos.

10) En cuanto al derecho internacional de los derechos humanos, la degradación del medio ambiente, en particular la contaminación atmosférica, el cambio climático y la disminución de la capa de ozono, “puede afectar la efectividad de los derechos humanos”⁷²⁹. El vínculo entre los derechos humanos y el medio ambiente, incluida la atmósfera, se reconoce en la práctica. La Declaración de Estocolmo reconoce, en su principio 1, que toda persona “tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar”⁷³⁰. En la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de 1992, se señala, en su principio 1, que “[l]os seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible” y que “[t]ienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”⁷³¹. En el contexto de la contaminación atmosférica, el Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia reconoce que la contaminación atmosférica tiene “una acción nociva de tal naturaleza que [pone] en peligro la salud humana” y dispone que las partes están decididas a “proteger al hombre y su medio ambiente contra la contaminación atmosférica” de cierta magnitud⁷³². Asimismo, en el caso de la degradación atmosférica, el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono contiene una disposición que obliga a las partes a tomar las medidas apropiadas “para proteger la salud humana”, de

⁷²⁷ Por ejemplo, en el 58º período de sesiones del Comité de Protección del Medio Marino en 2008, la OMI aprobó el anexo VI, en su forma enmendada, del Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques (*ibid.*, vol. 1340, núm. 22484, pág. 61), que regula, entre otras cosas, las emisiones de óxido de azufre y óxido de nitrógeno. El Convenio cuenta ya con seis anexos: el anexo I sobre las reglas para prevenir la contaminación por hidrocarburos (entrada en vigor el 2 de octubre de 1983), el anexo II sobre las reglas para prevenir la contaminación por sustancias nocivas líquidas transportadas a granel (entrada en vigor el 6 de abril de 1987), el anexo III sobre las reglas para prevenir la contaminación por sustancias perjudiciales transportadas por mar en bultos (entrada en vigor el 1 de julio de 1992), el anexo IV sobre las reglas para prevenir la contaminación por las aguas sucias de los buques (entrada en vigor el 27 de septiembre de 2003), el anexo V sobre las reglas para prevenir la contaminación ocasionada por las basuras de los buques (entrada en vigor el 31 de diciembre de 1988) y el anexo VI sobre las reglas para prevenir la contaminación atmosférica ocasionada por los buques (entrada en vigor el 19 de mayo de 2005).

⁷²⁸ S. Karim, *Prevention of Pollution of the Marine Environment from Vessels: The Potential and Limits of the International Maritime Organization* (Dordrecht, Springer, 2015), págs. 107 a 126; S. Karim y S. Alam, “Climate change and reduction of emissions of greenhouse gases from ships: an appraisal”, *Asian Journal of International Law*, vol. 1, núm. 1 (2011), págs. 131 a 148; Y. Shi, “Are greenhouse gas emissions from international shipping a type of marine pollution?”, *Marine Pollution Bulletin*, vol. 113, núms. 1 y 2 (2016), págs. 187 a 192; J. Harrison, “Recent developments and continuing challenges in the regulation of greenhouse gas emissions from international shipping” (2012), Facultad de Derecho de la Universidad de Edimburgo, Research Paper núm. 2012/12, pág. 20. Puede consultarse en <https://ssrn.com/abstract=2037038> (consultado el 7 de julio de 2017).

⁷²⁹ Estudio analítico de la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente: informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (A/HRC/19/34), párr. 15. Véase también la resolución 19/10 del Consejo de Derechos Humanos, de 19 de abril de 2012, relativa a los derechos humanos y el medio ambiente (A/HRC/RES/19/10).

⁷³⁰ Véanse *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, núm. de venta: S.73.II.A.14), cap. I; y L. B. Sohn, “The Stockholm Declaration on the Human Environment”, *Harvard International Law Journal*, vol. 14 (1973), págs. 423 a 515, en especial págs. 451 a 455.

⁷³¹ *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992*, vol. I, *Resoluciones aprobadas por la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.93.I.8 y corrección), resolución 1, anexo I, principio 1; y F. Francioni, “Principle 1: human beings and the environment”, en *The Rio Declaration on Environment and Development: A Commentary*, J. E. Viñuales (ed.) (Oxford, Oxford University Press, 2015), págs. 93 a 106, en especial págs. 97 y 98.

⁷³² Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1302, núm. 21623, pág. 217 y ss., en especial pág. 219, arts. 1 y 2.

conformidad con la Convención y los Protocolos en que sean parte⁷³³. Del mismo modo, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático se ocupa de los efectos adversos del cambio climático, incluidos sus efectos nocivos significativos “en la salud y el bienestar humanos”⁷³⁴.

11) En este contexto, los derechos humanos pertinentes son “el derecho a la vida”⁷³⁵, “el derecho a la vida privada y familiar”⁷³⁶ y el “derecho de propiedad”⁷³⁷. Cuando las convenciones de derechos humanos reconocen un derecho específico al medio ambiente, los tribunales y los órganos de tratados competentes lo aplican, incluido el derecho a la salud. No obstante, para que el derecho internacional de los derechos humanos contribuya a la protección de la atmósfera, deben cumplirse determinados requisitos básicos⁷³⁸. En primer lugar, como el derecho internacional de los derechos humanos sigue siendo un “ordenamiento jurídico basado en el daño personal”⁷³⁹, debe demostrarse la existencia de un vínculo directo entre la contaminación o degradación atmosféricas que socavan el derecho protegido y el menoscabo de ese derecho. En segundo lugar, los efectos adversos de la contaminación o degradación atmosféricas deben alcanzar determinado nivel mínimo para entrar dentro del ámbito de aplicación del derecho internacional de los derechos humanos. La determinación de ese nivel mínimo es relativa y depende del contenido del derecho que se invoque y de todas las circunstancias pertinentes del caso, como la intensidad y duración de las molestias y sus efectos físicos o mentales. En tercer lugar, y lo que es más importante, es necesario demostrar la relación causal entre la acción u omisión de un Estado, por una parte, y la contaminación o degradación atmosféricas, por la otra.

12) Una de las dificultades de la interrelación entre las normas de derecho internacional relativas a la atmósfera y el derecho de los derechos humanos es la “falta de conexión” en su aplicación. Mientras que las normas de derecho internacional relativas a la atmósfera no solo se aplican a los Estados de las víctimas, sino también a los Estados de origen de los daños, el alcance de la aplicación de los tratados de derechos humanos se limita a las personas sujetas a la jurisdicción de un Estado⁷⁴⁰. Así pues, cuando una actividad nociva para el medio ambiente en un Estado afecta a personas de otro Estado, surge la cuestión de la interpretación del concepto de “jurisdicción” en el contexto de las obligaciones en materia de derechos humanos. A la hora de interpretar y aplicar esa noción, podrá tenerse en cuenta el objeto y el fin de los tratados de derechos humanos. En su opinión consultiva relativa a las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, la Corte Internacional de Justicia, al examinar la cuestión de la

⁷³³ *Ibid.* vol. 1513, núm. 26164, pág. 293 y ss., en especial pág. 326, art. 2.

⁷³⁴ Art. 1.

⁷³⁵ Art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 999, núm. 14668, pág. 171); art. 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (*ibid.*, vol. 1577, núm. 27531, pág. 3); art. 10 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 (*ibid.*, vol. 2515, núm. 44910, pág. 3); art. 2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (*ibid.*, vol. 213, núm. 2889, pág. 221, en adelante, “Convenio Europeo de Derechos Humanos”); art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (*ibid.*, vol. 1144, núm. 14668, pág. 171); y art. 4 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 (*ibid.*, vol. 1520, núm. 26363, pág. 217).

⁷³⁶ Art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; y art. 11, párr. 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁷³⁷ Art. 1 del Protocolo núm. 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (*ibid.*, vol. 213, núm. 2889, pág. 221); art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y art. 14 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Véase D. Shelton, “Human rights and the environment: substantive rights”, en *Research Handbook on International Environmental Law*, M. Fitzmaurice, D. M. Ong y P. Merkouris (eds.) (Cheltenham, Edward Elgar, 2010), págs. 267 a 283, en especial págs. 267 y 269 a 278.

⁷³⁸ P.-M Dupuy y J. E. Viñuales, *International Environmental Law* (Cambridge, Reino Unido, Cambridge University Press, 2015), págs. 320 a 329.

⁷³⁹ *Ibid.*, págs. 308 y 309.

⁷⁴⁰ Art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; y art. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Véase A. Boyle, “Human rights and the environment: where next?”, *European Journal of International Law*, vol. 23, núm. 3 (2012), págs. 613 a 642, en especial págs. 633 a 641.

jurisdicción extraterritorial, declaró que, “si bien la jurisdicción de los Estados es primordialmente territorial, en ocasiones puede ejercerse fuera del territorio nacional. Teniendo en cuenta el objeto y el fin del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, parece lógico que, aunque así sea, los Estados que son parte en el Pacto están obligados a cumplir sus disposiciones”⁷⁴¹.

13) Una posible consideración es la pertinencia del principio de no discriminación. Algunos autores sostienen que cabe pensar que no es razonable que el derecho internacional de los derechos humanos no se aplique a la contaminación atmosférica o la degradación mundial, ni que el derecho solo pueda ofrecer protección a las víctimas de la contaminación intrafronteriza. Defienden que el principio de no discriminación exige que el Estado responsable trate la contaminación atmosférica transfronteriza o la degradación atmosférica global del mismo modo que la contaminación nacional⁷⁴². Además, solo en la medida en que las normas de derechos humanos pertinentes se reconocen hoy como normas establecidas o emergentes de derecho internacional consuetudinario⁷⁴³, se podrá considerar que se solapan con las normas ambientales de protección de la atmósfera, como la diligencia debida (proyecto de directriz 3), la evaluación del impacto ambiental (proyecto de directriz 4), la utilización sostenible (proyecto de directriz 5), la utilización equitativa y razonable (proyecto de directriz 6) y la cooperación internacional (proyecto de directriz 8), entre otras, lo que permitiría interpretar y aplicar ambas normas de manera armoniosa.

14) A diferencia del párrafo 1, que se ocupa de la identificación, la interpretación y la aplicación, el párrafo 2 se refiere a la situación en la que los Estados desean elaborar nuevas normas. Establece que “[l]os Estados, al elaborar nuevas normas de derecho internacional relativas a la protección de la atmósfera y otras normas pertinentes de derecho internacional, deben procurar hacerlo, en la medida de lo posible, de manera armoniosa”. El párrafo pone de manifiesto un deseo general de alentar a los Estados que participen en negociaciones relacionadas con la creación de nuevas normas a que tengan en cuenta las relaciones sistémicas existentes entre las normas de derecho internacional relativas a la atmósfera y las normas de otros ámbitos jurídicos.

15) El párrafo 3 destaca la difícil situación de las personas en situación vulnerable a causa de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica. Se ha redactado para incluir una referencia directa a la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica. La referencia a los párrafos 1 y 2 abarca tanto los aspectos de “identificación, interpretación y aplicación”, por una parte, como el de “desarrollo”, por la otra. Las palabras “debe prestarse especial atención a las personas y grupos particularmente vulnerables a la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica” ponen de relieve el alcance amplio de la atención que debe prestarse a la situación de los grupos vulnerables, que abarca ambos aspectos del presente tema, es decir, la “contaminación atmosférica” y la “degradación atmosférica”. No se consideró útil hacer referencia en el texto a los “derechos humanos”, ni tan siquiera a los “derechos” o los “intereses legalmente protegidos”.

16) La segunda oración del párrafo 3 contiene ejemplos de grupos que pueden encontrarse en situaciones de vulnerabilidad en el contexto de la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica. La Organización Mundial de la Salud ha señalado que “todas las poblaciones se verán afectadas por el cambio climático, pero los riesgos iniciales para la salud varían considerablemente, dependiendo de dónde y cómo vive la población. Las personas que viven en los pequeños Estados insulares en desarrollo y otras regiones

⁷⁴¹ *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, págs. 136 y ss., en especial pág. 179, párr. 109.

⁷⁴² Boyle, “Human rights and the environment...” (véase la nota 740 *supra*), págs. 639 y 640.

⁷⁴³ B. Simma y P. Alston, “Sources of human rights law: custom, *ius cogens* and general principles”, *Australian Year Book of International Law*, vol. 12 (1988), págs. 82 a 108; V. Dimitrijevic, “Customary law as an instrument for the protection of human rights”, Working Paper, núm. 7 (Milán, Istituto Per Gli Studi Di Politica Internazionale (ISPI), 2006), págs. 3 a 30; B. Simma, “Human rights in the International Court of Justice: are we witnessing a sea change?”, en *Unity and Diversity of International Law: Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy*, D. Alland y otros (eds.) (Leiden, Martinus Nijhoff, 2014), págs. 711 a 737; y H. Thirlway, “International law and practice: human rights in customary law: an attempt to define some of the issues”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 28 (2015), págs. 495 a 506.

costeras, megalópolis y regiones montañosas y polares son particularmente vulnerables en distintas formas⁷⁴⁴. En los Objetivos de Desarrollo Sostenible aprobados por la Asamblea General en su Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible se aborda la contaminación atmosférica en los Objetivos 3.9 y 11.6, en los que se pide, en particular, una reducción sustancial del número de muertes y enfermedades causadas por la contaminación atmosférica, y una atención especial a la calidad del aire en las ciudades⁷⁴⁵.

17) La expresión, en la segunda oración del párrafo 3, “pueden incluir, entre otros” indica que los ejemplos que se dan no son necesariamente exhaustivos. Los pueblos indígenas son, como se declaró en el Informe de la Cumbre Mundial de los Pueblos Indígenas sobre el Cambio Climático, “los más vulnerables a los efectos del cambio climático porque viven en las zonas más afectadas por el cambio climático y suelen ser los más desfavorecidos socioeconómicamente”⁷⁴⁶. La población de los países menos adelantados también se encuentra en una situación especialmente vulnerable, ya que a menudo vive en condiciones de pobreza extrema, sin acceso a servicios básicos de infraestructura ni a una protección médica y social adecuada⁷⁴⁷. La población de las zonas costeras bajas y los pequeños Estados insulares en desarrollo afectados por el ascenso del nivel del mar está expuesta a una posible pérdida de tierras que provocaría su desplazamiento y, en algunos casos, su migración forzada. Según se observa en el preámbulo del Acuerdo de París, además de los grupos especificados en el párrafo 3 del proyecto de directriz 9, otros grupos que pueden ser particularmente vulnerables y que a menudo se ven gravemente afectados por la contaminación atmosférica y la degradación atmosférica son las comunidades locales, los migrantes, las mujeres, los niños, las personas con discapacidad y las personas de edad⁷⁴⁸.

⁷⁴⁴ Organización Mundial de la Salud, *Protecting Health from Climate Change: Connecting Science, Policy and People* (Ginebra, 2009), pág. 2.

⁷⁴⁵ Resolución 70/1 de la Asamblea General, de 25 de septiembre de 2015, sobre transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible; véase B. Lode, P. Schönberger y P. Toussaint, “Clean air for all by 2030? Air quality in the 2030 Agenda and in international law”, *Review of European, Community and International Environmental Law*, vol. 25, núm. 1 (2016), págs. 27 a 38. Véanse también los indicadores de esas metas especificados en 2016 (3.9.1: tasa de mortalidad atribuida a la contaminación de los hogares y del aire ambiente; y 11.6.2: niveles medios anuales de partículas finas en las ciudades).

⁷⁴⁶ “Informe de la Cumbre Mundial de los Pueblos Indígenas sobre el Cambio Climático, 20 a 24 de abril de 2009, Anchorage, Alaska”, pág. 12, puede consultarse en www.un.org/ga/president/63/letters/globalsummitoncc.pdf#search=%27 (consultado el 7 de julio de 2017). Véanse R. L. Barsh, “Indigenous peoples”, en *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, D. Bodansky y otros (eds.) (Oxford, Oxford University Press, 2007), págs. 829 a 852; B. Kingsbury, “Indigenous peoples”, en *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, R. Wolfrum (ed.) (Oxford, Oxford University Press, 2012), vol. V, págs. 116 a 133; y H. A. Strydom, “Environment and indigenous peoples”, en *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, R. Wolfrum (ed.) (Oxford, Oxford University Press, 2012), vol. III, págs. 455 a 461.

⁷⁴⁷ World Bank Group Climate Change Action Plan, 7 de abril de 2016, párr. 104, puede consultarse en <http://pubdocs.worldbank.org/en/677331460056382875/WBG-Climate-Change-Action-Plan-public-version.pdf> (consultado el 7 de julio de 2017).

⁷⁴⁸ El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer tiene un programa sobre las “dimensiones de la reducción del riesgo de desastres y el cambio climático relacionadas con el género”; véase www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/ClimateChange.aspx (consultado el 7 de julio de 2017). Además de las mujeres y los niños, se suele citar a las personas de edad y las personas con discapacidad como personas vulnerables. Véanse Organización Mundial de la Salud, *Protecting Health from Climate Change...* (nota 744 *supra*), y el Plan de Acción para el Clima del Grupo del Banco Mundial (nota *supra*). La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, de 2015 (*Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, Cuadragésimo quinto período ordinario de sesiones, Actas y documentos*, vol. I (OEA/Ser.P/XLV-O.2), págs. 11 a 38) establece, en su artículo 25 (derecho a un medio ambiente sano), que “[l]a persona mayor tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos, a tal fin los Estados parte adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho, entre ellas: a) Fomentar el desarrollo pleno de la persona mayor en armonía con la naturaleza; b) Garantizar el acceso de la persona mayor en condiciones de igualdad a servicios públicos básicos de agua potable y saneamiento, entre otros”.

Capítulo VII

Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado

A. Introducción

68. La Comisión, en su 59º período de sesiones (2007), decidió incluir en su programa de trabajo el tema “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado” y nombró Relator Especial al Sr. Roman A. Kolodkin⁷⁴⁹. En el mismo período de sesiones, la Comisión pidió a la Secretaría que preparase un estudio básico sobre el tema, que se puso a disposición de la Comisión en su 60º período de sesiones (2008)⁷⁵⁰.

69. El Relator Especial presentó tres informes. La Comisión recibió y examinó el informe preliminar en su 60º período de sesiones (2008) y los informes segundo y tercero en su 63º período de sesiones (2011)⁷⁵¹. La Comisión no pudo examinar el tema en sus períodos de sesiones 61º y 62º (2009 y 2010, respectivamente)⁷⁵².

70. En su 64º período de sesiones (2012), la Comisión nombró Relatora Especial a la Sra. Concepción Escobar Hernández en sustitución del Sr. Kolodkin, que ya no era miembro de la Comisión⁷⁵³. La Comisión recibió y examinó el informe preliminar de la Relatora Especial en ese mismo período de sesiones (2012), el segundo informe en el 65º período de sesiones (2013), el tercer informe en el 66º período de sesiones (2014), el cuarto informe en el 67º período de sesiones (2015) y el quinto informe, en un debate parcial, en el 68º período de sesiones (2016)⁷⁵⁴. Sobre la base de los proyectos de artículo propuestos por la Relatora Especial en sus informes segundo, tercero y cuarto, la Comisión ha aprobado provisionalmente hasta el momento seis proyectos de artículo con los comentarios. El proyecto de artículo 2, relativo a las definiciones, sigue en proceso de redacción⁷⁵⁵.

⁷⁴⁹ En su 2940ª sesión, celebrada el 20 de julio de 2007 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/62/10)*, párr. 376). La Asamblea General, en el párrafo 7 de su resolución 62/66, de 6 de diciembre de 2007, tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo. El tema había sido incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión durante su 58º período de sesiones (2006), de acuerdo con la propuesta contenida en el anexo A del informe de la Comisión (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/61/10)*, párr. 257).

⁷⁵⁰ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/62/10)*, párr. 386. El memorando de la Secretaría figura en el documento [A/CN.4/596 y Corr.1](#).

⁷⁵¹ [A/CN.4/601](#), [A/CN.4/631](#) y [A/CN.4/646](#), respectivamente.

⁷⁵² Véanse *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/64/10)*, párr. 207; e *ibid.*, *sexagésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/65/10)*, párr. 343.

⁷⁵³ *Ibid.*, *sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/67/10)*, párr. 266.

⁷⁵⁴ [A/CN.4/654](#), [A/CN.4/661](#), [A/CN.4/673](#) y Corr.1, [A/CN.4/687](#) y [A/CN.4/701](#), respectivamente.

⁷⁵⁵ Véanse *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10)*, párrs. 48 y 49. En su 3174ª sesión, celebrada el 7 de junio de 2013, la Comisión recibió el informe del Comité de Redacción y aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 1, 3 y 4, y en sus sesiones 3193ª a 3196ª, que tuvieron lugar los días 6 y 7 de agosto de 2013, aprobó sus comentarios (*ibid.*, *sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10)*, párrs. 48 y 49). En su 3231ª sesión, celebrada el 25 de julio de 2014, la Comisión recibió el informe del Comité de Redacción y aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 2 e) y 5, y en sus sesiones 3240ª a 3242ª, que tuvieron lugar los días 6 y 7 de agosto de 2014, aprobó sus comentarios. En su 3329ª sesión, celebrada el 27 de julio de 2016, la Comisión aprobó de manera provisional los proyectos de artículo 2, apartado f), y 6, que habían sido aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción y de los que la Comisión había tomado nota en su 67º período de sesiones, y en sus sesiones 3345ª y 3346ª, que tuvieron lugar el 11 de agosto de 2016, la Comisión aprobó sus comentarios (*ibid.*, *septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10*

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

71. La Comisión tuvo ante sí el quinto informe de la Relatora Especial, en el que se analiza la cuestión de los límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/701), que había comenzado a debatir en su 68º período de sesiones. En particular, el informe se ocupaba del tratamiento previo por la Comisión de los límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, presentaba un estudio de la práctica pertinente, abordaba algunas cuestiones metodológicas y conceptuales relativas a los límites y excepciones, y examinaba los supuestos en que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado no se aplica. La conclusión a la que la Relatora Especial llegaba en el informe era que no había sido posible determinar, basándose en la práctica, la existencia de una norma consuetudinaria que permitiese la aplicación de límites o excepciones respecto de la inmunidad *ratione personae*, ni identificar una tendencia a favor de una norma de esa índole. Por otra parte, llegaba a la conclusión de que los límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado se aplicaban a los funcionarios del Estado en relación con la inmunidad *ratione materiae*. Como consecuencia de ese estudio, el informe incluía una propuesta de proyecto de artículo 7 relativo a los crímenes respecto de los que la inmunidad no se aplica⁷⁵⁶.

72. En su 68º período de sesiones, habida cuenta de que el informe no había estado disponible en todos los idiomas, la Comisión subrayó que se continuaría el debate mantenido al respecto para concluirlo en el actual período de sesiones. En consecuencia, la Comisión continuó su debate sobre el quinto informe en sus sesiones 3360ª a 3365ª, celebradas los días 18, 19, 23, 24, 26 y 30 de mayo de 2017, respectivamente.

73. Tras el debate del informe, la Comisión, en su 3365ª sesión, celebrada el 30 de mayo de 2017, decidió remitir al Comité de Redacción el proyecto de artículo 7 contenido en el quinto informe de la Relatora Especial, teniendo en cuenta el debate mantenido en la Comisión.

74. En su 3378ª sesión, celebrada el 20 de julio de 2017, la Comisión examinó el informe del Comité de Redacción y aprobó provisionalmente el proyecto de artículo 7 (véase la sección C.1 *infra*) en votación registrada, por 21 votos contra 8 y 1 abstención. Los miembros presentes votaron lo siguiente:

Sr. Carlos J. Argüello Gómez	Sí
Sr. Yacouba Cissé	Sí

(A/71/10), párrs. 194, 195 y 250, e *ibid.*, septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/70/10), párr. 176).

⁷⁵⁶ El texto del proyecto de artículo 7 propuesto por la Relatora Especial en su quinto informe dice lo siguiente:

Proyecto de artículo 7

Crímenes respecto de los que la inmunidad no se aplica

- 1) La inmunidad no se aplicará en relación con los siguientes crímenes:
 - a) el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, la tortura o las desapariciones forzadas;
 - b) los crímenes de corrupción;
 - c) los crímenes que causen daños en personas, incluidas la muerte y lesiones graves, o en bienes, cuando los mismos se produzcan en el territorio del Estado del foro y el funcionario del Estado se encuentre en dicho territorio en el momento en que se cometen los crímenes.
- 2) Lo previsto en el párrafo 1 no se aplicará a los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* durante el período en que se encuentren en ejercicio.
- 3) Lo previsto en los párrafos 1 y 2 se entiende sin perjuicio de:
 - a) cualquier disposición de un tratado, que obligue al Estado del foro y al Estado del funcionario, en virtud de la cual la inmunidad no sea aplicable;
 - b) la obligación de cooperar con un tribunal internacional que, en cada caso, sea exigible al Estado del foro.

Sra. Concepción Escobar Hernández	Sí
Sra. Patrícia Galvão Teles	Sí
Sr. Juan Manuel Gómez-Robledo	Sí
Sr. Hussein A. Hassouna	Sí
Sr. Mahmoud D. Hmoud	Sí
Sr. Huikang Huang	No
Sr. Charles Chernor Jalloh	Sí
Sr. Roman A. Kolodkin	No
Sr. Ahmed Laraba	No
Sra. Marja Lehto	Sí
Sr. Shinya Murase	Sí
Sr. Sean D. Murphy	No
Sr. Hong Thao Nguyen	Sí
Sr. Georg Nolte	No
Sra. Nilüfer Oral	Sí
Sr. Hassan Ouazzani Chahdi	Sí
Sr. Ki Gab Park	Sí
Sr. Chris Maina Peter	Sí
Sr. Ernest Petrič	No
Sr. Aniruddha Rajput	No
Sr. August Reinisch	Sí
Sr. Juan José Ruda Santolaria	Sí
Sr. Gilberto Vergne Saboia	Sí
Sr. Pavel Šturma	Abstención
Sr. Dire D. Tladi	Sí
Sr. Eduardo Valencia-Ospina	Sí
Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez	Sí
Sir Michael Wood	No

75. Antes de la votación, explicaron su voto el Sr. Roman A. Kolodkin, el Sr. Sean D. Murphy, Sir Michael Wood, el Sr. Huikang Huang, el Sr. Aniruddha Rajput, el Sr. Ernest Petrič, el Sr. Juan Manuel Gómez-Robledo, el Sr. Juan José Ruda Santolaria y el Sr. Georg Nolte. Después de la votación, explicaron su voto el Sr. Dire D. Tladi, el Sr. Pavel Šturma, el Sr. Mahmoud D. Hmoud, el Sr. Charles Chernor Jalloh, el Sr. Shinya Murase, el Sr. Yacouba Cissé, el Sr. Hussein A. Hassouna, el Sr. Hassan Ouazzani Chahdi, el Sr. Ki Gab Park, la Sra. Concepción Escobar Hernández y el Sr. Hong Thao Nguyen. Esas explicaciones de voto quedaron reflejadas en el acta resumida de la 3378ª sesión ([A/CN.4/SR.3378](#)).

76. En sus sesiones 3387ª a 3389ª, celebradas los días 3 y 4 de agosto de 2017, la Comisión aprobó los comentarios a los proyectos de artículo aprobados provisionalmente en el actual período de sesiones (véase la sección C.2 *infra*).

77. El 18 de julio de 2017 se celebraron consultas officiosas sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, dirigidas por la Relatora Especial sobre el tema. Se trataba de consultas officiosas abiertas cuyo propósito era intercambiar opiniones y compartir ideas sobre los aspectos procesales de la inmunidad de

jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, cuestión que la Relatora Especial examinará en el sexto informe que ha de presentar en 2018. Las consultas se basaron en un documento conceptual oficioso preparado por la Relatora Especial sobre las disposiciones y garantías procesales. En su 3378ª sesión, celebrada el 20 de julio de 2017, la Relatora Especial informó a la Comisión de cómo se habían desarrollado las consultas oficiosas.

1. Presentación del quinto informe por la Relatora Especial

78. La Relatora Especial recordó que el quinto informe, relativo a los límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, abordaba un tema que había sido objeto de debate de forma recurrente a lo largo de los años en la Comisión y la Sexta Comisión, suscitando opiniones diversas y, a menudo, opuestas. Había un deseo general de proceder con cautela y prudencia, habida cuenta del carácter delicado del tema y de su importancia para los Estados. El informe se presentó en el 68º período de sesiones de la Comisión⁷⁵⁷ y se debatió parcialmente⁷⁵⁸. La Relatora Especial señaló que, debido a los cambios en la composición de la Comisión, y a la luz de los comentarios y observaciones formulados sobre el informe en el 68º período de sesiones de la Comisión y en la Sexta Comisión en el marco del septuagésimo primer período de sesiones de la Asamblea General, consideraba apropiado hacer nuevas observaciones introductorias sobre el informe en el actual período de sesiones. Así pues, la Relatora Especial hizo una breve reseña de los debates sobre el quinto informe celebrados anteriormente en la Comisión de Derecho Internacional y la Sexta Comisión.

79. En relación con el quinto informe, la Relatora Especial señaló que, para su elaboración, había seguido una metodología similar a la empleada en los informes anteriores, a saber, un examen de la práctica de los Estados, la jurisprudencia internacional y la labor previa de la Comisión, y un análisis de la legislación nacional. En el informe también había tenido en cuenta la información recibida de los Gobiernos en respuesta a las preguntas planteadas por la Comisión, así como las declaraciones orales de los Estados en la Sexta Comisión. La Relatora Especial subrayó que el quinto informe, como los anteriores, había de leerse e interpretarse conjuntamente con los informes previos sobre el tema.

80. Basándose en la presentación del informe llevada a cabo en el período de sesiones anterior, que consideraba parte integrante de los informes anteriores examinados por la Comisión, la Relatora Especial destacó una serie de ideas fundamentales del informe. En primer lugar, dijo que el empleo de la expresión “límites y excepciones” se hacía eco de los distintos argumentos que se habían utilizado en la práctica para la no aplicación de la inmunidad. Insistió en que la distinción entre límites y excepciones, pese a su valor teórico y normativo para la interpretación sistémica del régimen de la inmunidad, no tenía transcendencia práctica, puesto que ambos términos tenían la misma consecuencia, esto es, la no aplicación del régimen jurídico de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado en un caso concreto.

81. En segundo lugar, el informe abordaba los límites y excepciones en el marco específico de la inmunidad y en el contexto del ordenamiento jurídico internacional en su conjunto. En ese sentido, la Relatora Especial destacó: a) la interrelación entre la inmunidad y la jurisdicción, aunque se tratase de conceptos diferentes; b) el carácter procesal de la inmunidad; c) la distinción entre la inmunidad de los funcionarios del Estado y la inmunidad de los Estados; y d) la distinción entre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera y la inmunidad ante las cortes y tribunales penales internacionales. El informe también examinaba la inmunidad desde el punto de vista del derecho internacional como un sistema normativo en el que la inmunidad tenía por objeto garantizar el respeto de la igualdad soberana de los Estados, pero había de equilibrarse con otros valores importantes del ordenamiento jurídico internacional.

⁷⁵⁷ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/71/10)*, párrs. 196 a 208.

⁷⁵⁸ *Ibid.*, párrs. 209 a 246.

82. En tercer lugar, el informe se centraba en la práctica de los Estados, que constituía la piedra angular de la labor de la Comisión. Se examinaba en qué medida la práctica ponía de manifiesto la existencia de normas consuetudinarias que podían codificarse, siguiendo la metodología básica de la labor de la Comisión sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario. También se analizaba si existía una tendencia al desarrollo progresivo de normas relativas a la inmunidad. Además de la jurisprudencia y los tratados internacionales, en el informe se estudiaban la legislación nacional y las decisiones de los tribunales nacionales. También se analizaban las cuestiones desde una perspectiva sistémica, examinando el régimen de la inmunidad en relación con otros aspectos del ordenamiento jurídico internacional contemporáneo, entendido en su conjunto.

83. Sobre esas bases, el informe llegaba a la conclusión de que no había sido posible establecer la existencia de una norma consuetudinaria que previese la aplicación de límites o excepciones respecto de la inmunidad *ratione personae*, ni determinar una tendencia hacia una norma de tal índole. Por otra parte, se concluía que existían límites y excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado en relación con la inmunidad *ratione materiae*. Si bien la práctica era diversa, ponía de manifiesto una clara tendencia a considerar la comisión de crímenes de derecho internacional como una barrera a la aplicación de la inmunidad *ratione materiae* de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, ya que esos crímenes no eran actos realizados a título oficial, eran graves o menoscababan los valores y principios reconocidos por la comunidad internacional en su conjunto.

84. Por último, la Relatora Especial señaló que la Comisión debía abordar el tema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, y en particular la cuestión de los límites y excepciones, desde una perspectiva tanto de codificación como de desarrollo progresivo del derecho internacional. El desafío que tenía ante sí la Comisión era decidir si apoyaba la tendencia observada en el ámbito de la inmunidad o frenaba ese desarrollo.

85. La Relatora Especial también formuló observaciones concretas sobre el proyecto de artículo 7 propuesto. Los tres párrafos del proyecto de artículo aspiraban a abordar, de manera integral, todos los elementos que definían el régimen de los límites y excepciones a la inmunidad.

86. El párrafo 1 establecía los crímenes en relación con los cuales no se aplicaría la inmunidad. Siguiendo el modelo de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, la expresión “no se aplica” se utilizaba para referirse tanto a los límites como a las excepciones. El párrafo señalaba los supuestos en que la inmunidad no se aplicaba por referencia a los crímenes respecto de los que se pretendía ejercer la jurisdicción, a saber: a) los crímenes de derecho internacional; b) los crímenes de corrupción; y c) la denominada “excepción territorial”.

87. El párrafo 2 definía el alcance de los límites y excepciones. Disponía que los límites y excepciones del párrafo 1 no se aplicaban a los beneficiarios de la inmunidad *ratione personae*, es decir, los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores. No obstante, subrayaba que el goce de la inmunidad *ratione personae* era de carácter temporal, por lo que los límites y excepciones a la inmunidad volverían a ser aplicables a la troika a partir del momento en que dejaran de ocupar sus cargos.

88. El párrafo 3 contenía una cláusula “sin perjuicio” respecto de las situaciones reguladas por regímenes especiales. El primer apartado se refería a los casos en que la inmunidad de los funcionarios no era aplicable debido a la existencia de relaciones convencionales entre los Estados interesados. El segundo apartado se ocupaba de los casos en que la inmunidad podía verse afectada por una obligación general de cooperar con un tribunal penal internacional. Ambas situaciones reflejaban ejemplos de la práctica.

89. Con respecto a la futura labor de la Comisión sobre el tema, la Relatora Especial indicó su intención de celebrar consultas oficiosas sobre diversas cuestiones procesales relacionadas con la materia durante el presente período de sesiones de la Comisión. Confiaba en que esas consultas sirvieran también para orientar el contenido de su sexto informe, que se presentaría en el 70º período de sesiones de la Comisión.

2. Resumen del debate

90. El debate celebrado en el actual período de sesiones era una continuación del examen del quinto informe iniciado en el 68° período de sesiones de la Comisión. El resumen que se presenta a continuación ha de leerse juntamente con el resumen del tema que figura en el informe de la Comisión sobre la labor realizada en dicho período de sesiones.

a) Comentarios generales

91. Los miembros felicitaron a la Relatora Especial por su quinto informe, profuso y bien documentado, que ofrecía un análisis meditado de la práctica de los Estados reflejada tanto en los tratados y la legislación nacional como en la jurisprudencia internacional y nacional. Los miembros también tuvieron palabras de agradecimiento para la labor llevada a cabo por el anterior Relator Especial, así como el estudio realizado por la Secretaría. Los miembros reconocieron la complejidad y el carácter controvertido del tema, en particular de la cuestión de los límites y excepciones. Las observaciones formuladas se centraron en general en las cuestiones metodológicas y conceptuales planteadas en el quinto informe, incluidos la metodología y el tratamiento de la práctica de los Estados, el mandato de la Comisión respecto del desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, el régimen de la inmunidad en el ordenamiento jurídico internacional en su conjunto, así como la interrelación entre la cuestión de los límites y excepciones y los aspectos procesales.

Metodología y tratamiento de la práctica de los Estados

92. Varios miembros elogiaron el análisis detallado y amplio de la práctica de los Estados que se hacía en el quinto informe. Algunos miembros expresaron su apoyo a la metodología empleada por la Relatora Especial y señalaron que el informe ofrecía una base sólida para el proyecto de artículo propuesto.

93. Otros miembros dijeron que, aunque el estudio de la práctica era amplio, seguía sin quedar clara su relación con los límites y excepciones establecidos en el proyecto de artículo 7. Algunos miembros también pusieron en tela de juicio si el informe, pese a no encontrar práctica coherente contra la no aplicabilidad de la inmunidad, presentaba datos suficientes para respaldar los límites y excepciones a la inmunidad que proponía. Se señaló que muchos de los ejemplos citados en el informe se referían a la inmunidad del Estado o a la inmunidad en los procesos civiles, más que a las actuaciones penales. En opinión de algunos miembros, el informe examinaba de forma selectiva los casos que apoyaban el establecimiento de límites y excepciones a la inmunidad, haciendo caso omiso de las pruebas que indicaban lo contrario. Se indicó que los ejemplos mencionados en el informe procedían de contextos y momentos diferentes y no ponían de manifiesto una evolución lineal hacia la imposición de restricciones a la inmunidad.

94. Hubo miembros que no estuvieron de acuerdo con el alcance y la pertinencia de la práctica convencional respecto de los límites y excepciones a la inmunidad. Algunos miembros afirmaron que la práctica convencional no reflejaba ninguna tendencia a la restricción de la inmunidad de los funcionarios del Estado. En opinión de dichos miembros, había pocos tratados que previeran límites y excepciones, y no podía considerarse que ninguna práctica relacionada con esos tratados confirmara la existencia de una norma consuetudinaria. Se indicó que muchos tratados, incluidos los relativos a las relaciones diplomáticas y consulares, así como los que se ocupaban de crímenes de derecho internacional, no establecían límites o excepciones. Además, algunos miembros señalaron que en los tratados que establecían la responsabilidad individual respecto de los crímenes de derecho internacional, aun en los supuestos en que no se reconocía la inmunidad ante los tribunales internacionales, ello no afectaba a la inmunidad de los funcionarios extranjeros ante los tribunales nacionales.

95. Otros miembros afirmaron que la práctica de los tratados había tomado un giro deliberado hacia la imposición de límites y excepciones a la inmunidad de los funcionarios del Estado. Algunos miembros enmarcaron esa evolución en el contexto de la labor de la Comisión sobre la responsabilidad penal individual, señalando que en los instrumentos

pertinentes, como los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg, así como en los trabajos relativos al proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, no se reconocía la inmunidad por crímenes de derecho internacional. Esos miembros sostuvieron que el presente proyecto de artículos debía seguir el ejemplo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que establecía, en su artículo 27, la improcedencia del cargo oficial. También se hizo referencia al Protocolo de Enmienda del Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos (Protocolo de Malabo) aprobado por la Unión Africana. Además, algunos miembros señalaron que la proliferación de tratados con una disposición de “extraditar o juzgar” influía en el alcance de la inmunidad de los funcionarios del Estado. Señalaron que la obligación de enjuiciar los crímenes de derecho internacional conllevaba una limitación del alcance de la inmunidad de los funcionarios del Estado.

96. Con respecto a la legislación nacional, algunos miembros dijeron que había pocos ejemplos de leyes nacionales que reconocieran límites y excepciones a la inmunidad de los funcionarios extranjeros, incluso en los casos de crímenes de derecho internacional. Algunos miembros señalaron que la legislación nacional por la que se aplicaba el Estatuto de Roma, en general se ocupaba únicamente de cuestiones institucionales o cuestiones relativas a la extradición, y no de la inmunidad. Se destacó que los pocos países cuya legislación contenía cláusulas de excepción más amplias habían revisado recientemente sus leyes sobre inmunidad de los funcionarios del Estado para restringir el alcance de los límites y excepciones.

97. Otros miembros sostuvieron que la legislación nacional reflejaba la tendencia señalada por la Relatora Especial. Se dijo que, si bien la legislación nacional solía centrarse en la inmunidad del Estado, al menos ponía de manifiesto una tendencia hacia la limitación de la inmunidad. Algunos miembros señalaron que la aplicación nacional del Estatuto de Roma incidía de forma directa en el régimen de la inmunidad en los tribunales nacionales.

98. Varios miembros criticaron el reducido número de casos nacionales examinados en el quinto informe. Se señaló que muchos de los casos habían sido desestimados o no se referían a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, sino a la inmunidad del Estado o a la inmunidad en los procedimientos civiles. Algunos miembros afirmaron que el informe debía haber examinado los motivos por los que la inmunidad se había denegado o concedido en casos concretos, debía haber analizado los casos en que los fiscales habían decidido no enjuiciar a un funcionario en razón de su inmunidad y debía haber estudiado los casos en que los Estados habían invocado, sin éxito, la inmunidad.

99. Algunos miembros señalaron que el hecho de que la muestra de casos nacionales analizados en el informe fuera pequeña no afectaba al análisis del fondo. Se alentó a la Relatora Especial a que examinara más detenidamente la práctica regional, incluidas, entre otras, la jurisprudencia de Asia y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

100. Varios miembros subrayaron que la tendencia de la jurisprudencia internacional era contraria a las conclusiones extraídas en el quinto informe. Se hizo hincapié en que los tribunales internacionales y regionales habían confirmado en repetidas ocasiones la existencia de inmunidad, incluso en casos de crímenes de derecho internacional o de violaciones de normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*). La jurisprudencia internacional había destacado que la inmunidad, que era de carácter procesal, no se veía afectada por la gravedad del acto. Varios miembros pusieron de relieve también la diferencia entre los tribunales internacionales y los nacionales. Señalaron que la carencia de inmunidad ante los tribunales penales internacionales no conllevaba la no aplicación de la inmunidad ante los tribunales nacionales. Se indicó que los tribunales internacionales solo habían reconocido la denegación de inmunidad por tribunales nacionales en casos relacionados con la cooperación con dichos tribunales.

101. Otros miembros afirmaron que el análisis de la jurisprudencia internacional hecho por la Relatora Especial sustentaba su planteamiento con respecto a los límites y excepciones a la inmunidad. Varios miembros señalaron que muchas de las decisiones

internacionales en que se defendía la existencia de inmunidad no se referían a la responsabilidad penal individual, sino a la inmunidad en procesos civiles, a la inmunidad del Estado, a los funcionarios beneficiarios de la inmunidad *ratione personae* o a cuestiones de responsabilidad del Estado. Algunos miembros también dijeron que los tribunales y cortes internacionales habían condicionado la aplicación de la inmunidad a la disponibilidad de alternativas de reparación; si no se disponía de medios de reparación, la inmunidad no podía concederse. Se hizo referencia a opiniones disidentes y disconformes que subrayaban que los requisitos de la soberanía no debían prevalecer sobre la necesidad de rendir cuentas, sino que había de encontrarse un equilibrio adecuado.

Desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación

102. En opinión de algunos miembros, el informe podía haber indicado con más claridad si se proponía determinar el alcance del derecho internacional existente (*lex lata*), si seguía una tendencia emergente al establecimiento de normas deseables (*lex ferenda*) o si aspiraba a crear “derecho nuevo”. Se observó que el doble mandato de la Comisión de codificación y desarrollo progresivo requería seguir de cerca la práctica establecida o reconocer abiertamente el carácter progresivo de su labor, respectivamente. Varios miembros instaron a la Comisión a que se centrara en el derecho existente y no en una labor de desarrollo progresivo. Se señaló que la Comisión no estaba redactando un nuevo tratado, cuyas disposiciones estarían sujetas, en última instancia, a la aprobación de los Estados, sino que se pretendía elaborar un conjunto de directrices sobre la práctica actual dirigidas a no especialistas en el tema que interviniesen en procesamientos a nivel nacional.

103. A ese respecto, varios miembros criticaron el quinto informe por la forma en que se afirmaba la existencia de derecho internacional consuetudinario con respecto a los límites y excepciones, sin contar con una base sólida para ello en la práctica. En opinión de varios miembros, el informe no ponía suficientemente de relieve los importantes desacuerdos que había habido en la Comisión y la Sexta Comisión sobre los aspectos sustantivos y procesales de esa cuestión. Se indicó que, habida cuenta de esas diferencias, la Comisión debía proceder con cautela.

104. Otros miembros señalaron que la labor de la Comisión sobre la cuestión de los límites y excepciones debía reflejar tanto la codificación como el desarrollo progresivo. Se dijo que el quinto informe mostraba con precisión la situación actual del derecho internacional con respecto a la inmunidad de los funcionarios extranjeros. Esos miembros señalaron que la persistente incertidumbre sobre el alcance de la inmunidad debía alentar a la Comisión a proporcionar directrices al respecto, independientemente de las opiniones de los Estados. Se instó a la Comisión a que no olvidara su compromiso con el desarrollo progresivo del derecho internacional, como había quedado patente en diversos instrumentos anteriores. Para algunos de esos miembros, la posibilidad de elaborar proyectos de artículo que formaran la base de un tratado sobre el tema no podía descartarse en esa fase.

105. Algunos miembros pusieron en duda que la práctica de los Estados reflejara la presunta tendencia al establecimiento de límites y excepciones a la inmunidad de los funcionarios del Estado. Esos miembros sostuvieron que no existía tal tendencia o que, de haber alguna, la tendencia apuntaba en dirección opuesta. Se recordó que varios Estados habían restringido recientemente el alcance de los límites y excepciones a la inmunidad en su legislación nacional y que, en general, los tribunales internacionales y regionales habían confirmado la existencia de inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado en casos recientes.

106. Otros miembros afirmaron que, aunque no todos los elementos del informe tenían una base sólida sustentada en el derecho internacional consuetudinario, existía en efecto una tendencia al establecimiento de límites y excepciones a la inmunidad *ratione materiae*. Varios miembros afirmaron que la evolución observada en la esfera de la inmunidad del Estado, el derecho penal internacional y el derecho internacional de los derechos humanos apoyaba esa tendencia. Además, se afirmó que las cortes y tribunales se negaban cada vez más a aplicar la inmunidad, ya fuera porque los presuntos actos vulneraban normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*) o porque consideraban que tales actos no podían ser realizados a título oficial. Asimismo, algunos Estados habían expresado su apoyo a la restricción del alcance de la inmunidad de los funcionarios extranjeros. Varios

miembros sostuvieron que la Comisión debía respaldar esa tendencia, a fin de luchar contra la impunidad y eliminar los obstáculos al enjuiciamiento de los crímenes de derecho internacional.

El derecho internacional como ordenamiento

107. Algunos miembros pusieron de relieve que el proyecto de artículos debía lograr un equilibrio entre, por una parte, la igualdad soberana de los Estados y la necesidad de estabilidad en las relaciones internacionales y, por otra parte, el interés de la comunidad internacional en su conjunto en prevenir y sancionar los crímenes más graves de derecho internacional.

108. Otros miembros expresaron su preocupación por el hecho de que los límites y excepciones a la inmunidad propuestos por la Relatora Especial pudieran propiciar un uso indebido de estos, por ejemplo, permitiendo el enjuiciamiento por motivos políticos de funcionarios del Estado en jurisdicciones extranjeras. Ello podía socavar la estabilidad de las relaciones internacionales e iba en contra de la lucha contra la impunidad y la promoción de los derechos humanos. Se hizo hincapié en que, como principio fundamental de derecho internacional, los tribunales de un Estado no debían juzgar los actos de otro Estado.

109. Varios miembros señalaron que el sistema de la inmunidad no podía ni debía interponerse en la protección de los intereses fundamentales de la comunidad internacional. Se subrayó que la protección de los derechos humanos y la lucha contra la impunidad no eran cuestiones menos importantes que la soberanía de los Estados, y que debían conciliarse entre sí. En opinión de esos miembros, los autores de crímenes de derecho internacional no tendrían que poder escudarse en la soberanía para eludir el enjuiciamiento, pues sus actos causaban una gran inestabilidad en los países y regiones en que se cometían, lo que afectaba, en última instancia, a la comunidad internacional en su conjunto. Se señaló que las normas relativas a la inmunidad no deberían examinarse de forma aislada, sino a la luz de otras normas del ordenamiento jurídico internacional.

Aspectos procesales de la inmunidad

110. Algunos miembros señalaron que la cuestión de los límites y excepciones estaba estrechamente relacionada con la de los aspectos procesales de la inmunidad, incluidas las salvaguardias y garantías procesales. Varios miembros lamentaron que la Relatora Especial no hubiera presentado un sexto informe sobre esa cuestión en el actual período de sesiones. Algunos miembros propusieron que la Comisión aplazara su labor sobre los límites y excepciones hasta que la Relatora Especial hubiera expuesto sus opiniones sobre los aspectos procesales en el sexto informe, a fin de poder examinar conjuntamente ambas cuestiones.

111. Se observó que las garantías procesales podían contribuir a lograr el equilibrio necesario entre el respeto de la igualdad soberana de los Estados y la necesidad de combatir la impunidad. Varios miembros se refirieron a la labor del anterior Relator Especial sobre el tema, que había abordado diversas cuestiones procesales relativas al momento en que se examinaba la inmunidad, su invocación, la carga de la prueba y la renuncia a la inmunidad. Con respecto a la renuncia, algunos miembros propusieron que se creara un procedimiento en virtud del cual la inmunidad hubiera de ser invocada de manera expresa por el Estado del funcionario o que se estableciera una obligación dimanante de un tratado de “renunciar a la inmunidad o juzgar”, con arreglo a la cual los Estados tuvieran que elegir entre renunciar a la inmunidad en un tribunal extranjero o enjuiciar ellos mismos la causa.

112. Poniendo de relieve el carácter procesal de la inmunidad, algunos miembros señalaron que, cuando se invocaba con éxito por canales diplomáticos o en los tribunales, la inmunidad suspendía la competencia de los tribunales extranjeros, pero ello no afectaba a la responsabilidad penal de los presuntos infractores. Dado su carácter preliminar, los tribunales debían examinar la cuestión de la inmunidad antes de proceder al examen del fondo. Se señaló que, por esa razón, la gravedad de un presunto acto no podía incidir en la aplicación de la inmunidad, ni en su carácter soberano u oficial. Esos miembros sostuvieron que ello no provocaba un vacío de responsabilidad, ya que, por ejemplo, cuando un Estado

invocaba la inmunidad de un funcionario y reconocía sus actos como propios, ello daba lugar a la responsabilidad del Estado, al que podía enjuiciarse a nivel nacional o internacional.

113. Otros miembros dijeron que, si bien el debate sobre los aspectos procesales era muy importante para el tema en su conjunto, la Comisión debía determinar en primer lugar las características sustantivas de los límites y excepciones a la inmunidad. Se señaló que los aspectos procesales eran pertinentes para el conjunto del proyecto de artículos y solo podían abordarse una vez se hubieran examinado todos los elementos sustantivos. Varios miembros expresaron el deseo de no anticipar el debate de la Comisión sobre el tema del sexto informe e instaron a la Comisión a que no demorara el examen de los límites y excepciones a la inmunidad.

114. Varios miembros afirmaron que existía una estrecha relación entre la inmunidad y la impunidad de los crímenes de derecho internacional. Se señaló que, si no había un foro o jurisdicción alternativos para enjuiciar los crímenes de derecho internacional, la barrera procesal de la inmunidad en los tribunales nacionales tendría consecuencias sustantivas. Algunos miembros subrayaron que la justicia sustantiva no debía ser víctima de la justicia procesal, en particular en el caso de violaciones de normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*). Esos miembros advirtieron de que un enfoque exclusivamente procesal de la inmunidad tendría un efecto negativo en el desarrollo de la responsabilidad individual en el derecho internacional.

115. Se señaló que la Corte Penal Internacional, el foro por excelencia para el enjuiciamiento de los funcionarios del Estado, no tenía ni la capacidad ni los recursos necesarios para enjuiciar a todos los presuntos autores de crímenes de derecho internacional. Habida cuenta de que la Corte actuaba sobre la base de la complementariedad, esos miembros dijeron que los tribunales nacionales debían seguir siendo los principales foros en la lucha contra la impunidad. También se señaló que la responsabilidad del Estado por un acto no eximía a los funcionarios de su responsabilidad individual ni debía interponerse en los enjuiciamientos individuales.

b) Comentarios específicos sobre el proyecto de artículo 7

116. Algunos miembros preguntaron por qué el título del proyecto de artículo 7 propuesto se refería a crímenes “respecto de los que la inmunidad no se aplica”, cuando el informe se ocupaba de los “límites y excepciones” a la inmunidad. Se dijo que la falta de claridad en relación con el sentido y el alcance de la expresión “límites y excepciones” ponía de manifiesto que el proyecto de artículo 7 no reflejaba el derecho internacional establecido.

117. Varios miembros opinaron que la distinción entre límites y excepciones era útil y debía mantenerse. Ayudaba a distinguir los casos en que la inmunidad no se contemplaba porque la conducta en cuestión no podía considerarse un acto oficial o realizado a título oficial, de los casos en que la inmunidad se denegaba sobre la base de circunstancias excepcionales.

118. Otros miembros apoyaron la formulación propuesta por la Relatora Especial. Se señaló que la labor sobre el tema llevada a cabo hasta la fecha había partido del supuesto de que la inmunidad se aplicaba, y el proyecto de artículo 7 debía, por tanto, ocuparse de su “no aplicación”. Algunos miembros observaron que la distinción podía proporcionar claridad a nivel teórico, pero no tenía base alguna en la práctica de los Estados.

119. Varios miembros reiteraron sus reservas generales con respecto al proyecto de artículo 7 propuesto. Se dijo que una posible forma de avanzar sería reformular el proyecto de artículo sobre la base de una obligación de renunciar a la inmunidad o juzgar los crímenes internacionales más graves, lo que conllevaría el deber del Estado de renunciar a la inmunidad de sus funcionarios ante los tribunales de un Estado extranjero o comprometerse a cumplir la obligación de enjuiciar a sus propios funcionarios.

120. Algunos miembros preguntaron si la lista de crímenes que figuraba en el párrafo 1 era exhaustiva o meramente ilustrativa. Se propuso que se incluyera una referencia general a los crímenes de derecho internacional más graves en lugar de una lista de crímenes. Algunos miembros señalaron que el párrafo debería prever la posibilidad de que surgieran

nuevos crímenes a los que no se aplicara la inmunidad. Otros miembros cuestionaron la base en el derecho internacional consuetudinario de los crímenes enumerados por la Relatora Especial, así como los motivos para incluir unos crímenes y otros no, posiblemente del mismo género. También se sugirió que en el proyecto de artículo, o en sus comentarios, se estableciesen definiciones adecuadas de los crímenes enumerados.

121. Con respecto al apartado a), varios miembros expresaron su apoyo a la inclusión de los crímenes más graves, a saber, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. Algunos miembros señalaron que la tortura y las desapariciones forzadas, ambas incluidas en la lista de la Relatora Especial, formaban parte de los crímenes de lesa humanidad. Se propuso añadir la esclavitud, el *apartheid*, el terrorismo y los delitos contra el patrimonio cultural mundial.

122. Los miembros también debatieron si el crimen de agresión debía incluirse en el proyecto de artículo. Los partidarios de que se agregara señalaron la importancia del crimen de agresión en los Principios de Nuremberg y el reconocimiento de su vigencia en el marco del Estatuto de Roma. También se señaló que la legislación por la que se aplicaba que habían promulgado algunos Estados preveía el enjuiciamiento a escala nacional de ese crimen. Otros miembros convinieron con la Relatora Especial en que el crimen de agresión debía excluirse por las razones expuestas en el quinto informe. Se dijo que el enjuiciamiento por otro Estado de un funcionario acusado de un delito de agresión afectaría a la igualdad soberana de los Estados, un problema que no se plantearía en caso de enjuiciamiento ante un tribunal internacional.

123. En relación con el apartado b), varios miembros cuestionaron si la práctica de los Estados respaldaba la inclusión de la corrupción como un límite o excepción a la inmunidad. También se señaló que el texto propuesto por la Relatora Especial era impreciso en cuanto a la definición y el alcance de la corrupción. Algunos miembros sostuvieron que un acto de corrupción no podía ser realizado a título oficial, pues siempre buscaba el lucro personal. En ese sentido, se dijo que la inmunidad por crímenes de corrupción ya había quedado excluida en virtud del proyecto de artículo 6. Se señaló que se podía eliminar ese apartado e incluir una referencia a la corrupción en los comentarios.

124. Otros miembros se mostraron a favor de incluir los crímenes de corrupción en el texto del proyecto de artículo, ya que la comunidad internacional había de cooperar para prevenirlos y sancionarlos. Se indicó que los tribunales nacionales habían desestimado en muchas ocasiones la invocación de la inmunidad en casos de corrupción, que muchos Estados aprobaban legislación para prevenir y sancionar esos crímenes, y que la corrupción había sido objeto de varias convenciones internacionales y regionales.

125. Algunos miembros hicieron hincapié en que la corrupción perjudicaba gravemente al funcionamiento de las instituciones públicas y el estado de derecho, y podía repercutir de manera significativa en la situación socioeconómica de la población nacional. Se sugirió que el proyecto de artículo se centrara en la “gran corrupción” o corrupción a gran escala. Se propuso que ese apartado indicase qué sucedería con el producto del delito en los crímenes de corrupción cuando los funcionarios eran enjuiciados en el marco de jurisdicciones extranjeras. Se dijo que esa cuestión dependía de la voluntad política de los Estados interesados, pero en principio los fondos tenían que devolverse al país del que se habían sustraído.

126. Algunos miembros señalaron que la excepción territorial, en la que se inspiraba el apartado c), estaba firmemente arraigada en los procedimientos civiles, pero no en la esfera penal. Se dijo que la mayoría de las fuentes autorizadas que citaba la Relatora Especial se referían a asuntos civiles y que el informe no examinaba con detenimiento su aplicabilidad al derecho penal. Varios miembros mencionaron que el concepto seguía siendo controvertido en el derecho internacional y que el informe dejaba algunas cuestiones abiertas, como su aplicación a las actividades militares y otros actos públicos. En ese sentido, se sugirió formular ese apartado de manera más restrictiva. Varios miembros se refirieron a la definición propuesta por el anterior Relator Especial sobre el tema. También se propuso que el alcance del apartado se limitase a determinados actos contrarios a la soberanía de los Estados, como el espionaje, los asesinatos de carácter político y el sabotaje.

127. En general, los miembros estaban de acuerdo con el contenido del párrafo 2 y consideraban que reflejaba la práctica actual. Recomendaron que los comentarios aclarasen que solo la troika de los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores podía beneficiarse de la inmunidad *ratione personae*. Se hizo hincapié en que, de conformidad con la jurisprudencia internacional, la inmunidad *ratione personae* se entendía sin perjuicio de la responsabilidad penal de sus beneficiarios. Se sugirió que se indicara que la inmunidad *ratione personae* no se aplicaba en los tribunales internacionales.

128. Algunos miembros opinaron que el párrafo 2 era superfluo y podía suprimirse. Propusieron que se especificara en el párrafo 1 que los límites y excepciones que figuraban en el proyecto de artículo solo se aplicaban a la inmunidad *ratione materiae*. Otros miembros preferían que se mantuviera el párrafo para subrayar la diferencia entre la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*. Se formuló una sugerencia en el sentido de armonizar el alcance temporal de la aplicación de la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae* con los proyectos de artículo 4 y 6. Además, se dijo que la inmunidad *ratione personae* debía limitarse, ya que podía dar lugar a la impunidad en el caso de los mandatarios vitalicios.

129. Varios miembros aceptaron la inclusión de una cláusula “sin perjuicio” en el párrafo 3. Se señaló que, en contra de lo dispuesto en el apartado a), la cláusula también debía aplicarse a los tratados en virtud de los cuales la inmunidad era aplicable. Con respecto al apartado b), algunos miembros consideraron que la referencia a un “tribunal internacional” era demasiado vaga y propusieron que el proyecto de artículo aclarara si se refería a cortes y tribunales penales internacionales o a cualquier tribunal internacional. Se dijo que el párrafo seguía basándose en presunciones y debía suprimirse, pues podía afectar a actuaciones judiciales en curso.

c) Labor futura

130. Muchos miembros dijeron que esperaban con interés el sexto informe, que se ocuparía de los aspectos procesales de la inmunidad. Se señaló que la Relatora Especial debería examinar la relación entre la inmunidad y la prescripción de los crímenes a los que no se aplicaban límites o excepciones. Varios miembros opinaron que la Comisión debía volver a examinar algunos textos aprobados provisionalmente, como la definición de “inmunidad de jurisdicción”, para determinar si incluía cuestiones de inviolabilidad.

3. Observaciones finales de la Relatora Especial

131. En su resumen del debate, la Relatora Especial expresó satisfacción por el debate amplio e interesante que había suscitado el quinto informe. En respuesta a algunas de las críticas sobre la estructura y el contenido del informe, insistió en que todas las secciones del informe eran igualmente pertinentes para sus conclusiones. También señaló que lo que importaba era el fondo de los argumentos expuestos, no si había seguido los planteamientos del anterior Relator Especial.

132. Con respecto al análisis de la práctica presentado en el quinto informe, la Relatora Especial recordó las diferentes opiniones expresadas. Hizo hincapié en que la jurisprudencia de los tribunales internacionales no excluía de forma inequívoca la aplicación de límites y excepciones a la inmunidad *ratione materiae*, ya que esas decisiones se ocupaban principalmente de la inmunidad del Estado o la inmunidad *ratione personae*. También destacó la importancia de la jurisprudencia nacional, que, aunque pudiera ser reducida y no suficientemente homogénea, era un aspecto esencial del proyecto. Dio las gracias a los miembros por las sugerencias relativas a la inclusión de jurisprudencia internacional, regional y nacional.

133. La Relatora Especial señaló que el análisis del informe sobre la legislación nacional permitía diferenciar la inmunidad de los funcionarios del Estado de la inmunidad del Estado, ponía de manifiesto la naturaleza relativa de la inmunidad del Estado e ilustraba el uso de la “excepción territorial”. También indicó que la legislación nacional por la que se aplicaba el Estatuto de Roma podía arrojar luz sobre la cuestión de la inmunidad de los funcionarios del Estado, en particular cuando iba más allá de los requisitos del Estatuto de Roma. Asimismo, se refirió a otras formas de práctica de los Estados, como las decisiones

de los fiscales o las gestiones diplomáticas, que no solían ser públicas y, por consiguiente, no podían ser consideradas como práctica relevante.

134. La Relatora Especial reconoció que no había acuerdo entre los miembros en cuanto a la posible existencia de una norma consuetudinaria que estableciese límites y excepciones a la inmunidad de los funcionarios del Estado o una tendencia emergente en tal sentido. Sostuvo que la Comisión debería centrarse en determinar las normas pertinentes de *lex lata* y *lex ferenda* en relación con la inmunidad. No compartía la opinión de que la Comisión estuviera creando “derecho nuevo” en la materia, como habían señalado algunos miembros. A ese respecto, la Relatora Especial observó que el proyecto de artículos, al igual que otros proyectos de la Comisión, contenía elementos de codificación y de desarrollo progresivo, y debía analizarse en ese sentido.

135. La Relatora Especial reiteró su postura de que la distinción entre límites y excepciones establecida en el informe contribuía a aclarar el concepto de inmunidad de los funcionarios del Estado y su papel en el marco del ordenamiento jurídico internacional. En su opinión, ese enfoque no era incompatible con la formulación pragmática del proyecto de artículo 7, centrado en las situaciones en que la inmunidad “no se aplica”; esa formulación evitaba una serie de controversias relativas a la distinción entre límites y excepciones, y estaba basada en la práctica.

136. La Relatora Especial estaba de acuerdo con los miembros en que abordar los aspectos procesales de la inmunidad era de vital importancia para el proyecto. No obstante, señaló que esos aspectos iban más allá de los límites y excepciones; afectaban al proyecto de artículos en su conjunto y debían tratarse después de que la Comisión hubiera examinado la cuestión de los límites y excepciones a la inmunidad. La Relatora Especial dijo que el anterior Relator Especial había adoptado un enfoque similar y reiteró su ofrecimiento de celebrar consultas oficiosas sobre el tema antes de la presentación del sexto informe.

137. En cuanto a los comentarios específicos sobre el proyecto de artículo propuesto en el quinto informe, la Relatora Especial señaló que muchos miembros estaban a favor de mantener el párrafo 1, aunque se habían hecho diversas propuestas para revisar su contenido. Con respecto al apartado a), la Relatora Especial se mostró dispuesta a incluir en él el crimen de *apartheid*, pero seguía teniendo reservas en cuanto a la inclusión de otros crímenes transnacionales, pues tenían una base convencional y no consuetudinaria. Asimismo, reiteró sus reticencias con respecto a la inclusión del crimen de agresión, ya que aumentaba el riesgo de politización de todo el proyecto. Por motivos similares, prefería mantener una lista de crímenes concretos en lugar de optar por una referencia general y abierta a los crímenes de derecho internacional. Las definiciones de los crímenes enumerados podían incluirse en los comentarios, posiblemente mediante referencias a tratados existentes.

138. La Relatora Especial observó que la inclusión de la corrupción en el apartado b) seguía siendo controvertida. Reconoció que la disposición debía aplicarse principalmente a casos de “gran corrupción”, una expresión en la que se había de profundizar en los comentarios. Subrayó que, dado que la corrupción siempre se cometía en beneficio propio, no podía considerarse un acto realizado a título oficial al que se aplicase la inmunidad *ratione materiae*. Con respecto a la “excepción territorial” que figuraba en el apartado c), la Relatora Especial dijo que su aplicación no se limitaba a la esfera de la jurisdicción civil. Con arreglo a su formulación actual, se ocupaba de delitos graves, como el sabotaje y el espionaje.

139. La Relatora Especial también se refirió al amplio apoyo que había recibido el párrafo 2, que ponía de relieve que los límites y excepciones no se aplicaban en el caso de la inmunidad *ratione personae*, una posición firmemente arraigada en la práctica y la doctrina. En su opinión, la referencia explícita a la inmunidad *ratione personae* establecía un equilibrio entre el principio de igualdad soberana y la necesidad de combatir la impunidad que podía perderse si se eliminaba el párrafo. La Relatora Especial también expresó su preferencia por mantener las cláusulas “sin perjuicio” del párrafo 3, que facilitarían la solución de cualquier conflicto normativo entre el proyecto de artículos y los

instrumentos internacionales existentes, en particular los relacionados con las cortes y tribunales penales internacionales.

C. Texto de los proyectos de artículo sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado aprobados provisionalmente por la Comisión hasta el momento

1. Texto de los proyectos de artículo

140. El texto de los proyectos de artículo aprobados provisionalmente por la Comisión hasta el momento figura a continuación.

Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado

Primera parte

Introducción

Artículo 1

Ámbito de aplicación del presente proyecto de artículos

1. El presente proyecto de artículos se aplica a la inmunidad de los funcionarios del Estado respecto de la jurisdicción penal de otro Estado.

2. El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de la inmunidad de jurisdicción penal derivada de reglas especiales de derecho internacional de la que gocen, en particular, las personas adscritas a las misiones diplomáticas, las oficinas consulares, las misiones especiales, las organizaciones internacionales y las fuerzas armadas de un Estado.

Artículo 2

Definiciones

A los efectos del presente proyecto de artículos:

[...]

e) se entiende por “funcionario del Estado” un individuo que representa al Estado o que ejerce funciones estatales;

f) se entiende por “acto realizado a título oficial” un acto realizado por un funcionario del Estado en ejercicio de la autoridad estatal.

Segunda parte

Inmunidad *ratione personae**

Artículo 3

Beneficiarios de la inmunidad *ratione personae*

Los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores se benefician de la inmunidad *ratione personae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera.

Artículo 4

Alcance de la inmunidad *ratione personae*

1. Los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores se benefician de la inmunidad *ratione personae* únicamente durante su mandato.

* La Comisión considerará en su 70º período de sesiones las disposiciones y garantías procesales aplicables al presente proyecto de artículos.

2. Esta inmunidad *ratione personae* se extiende a todos los actos realizados, tanto a título privado como a título oficial, por los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores durante su mandato o con anterioridad a este.

3. La extinción de la inmunidad *ratione personae* se entiende sin perjuicio de la aplicación de las reglas de derecho internacional relativas a la inmunidad *ratione materiae*.

Tercera parte

Inmunidad *ratione materiae**

Artículo 5

Beneficiarios de la inmunidad *ratione materiae*

Los funcionarios del Estado, cuando actúan en calidad de tal, se benefician de la inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera.

Artículo 6

Alcance de la inmunidad *ratione materiae*

1. Los funcionarios del Estado se benefician de la inmunidad *ratione materiae* únicamente respecto de los actos realizados a título oficial.

2. La inmunidad *ratione materiae* respecto de los actos realizados a título oficial subsistirá a pesar de que los individuos afectados hayan dejado de ser funcionarios del Estado.

3. Los individuos que se beneficiaron de la inmunidad *ratione personae* en virtud del proyecto de artículo 4, cuyo mandato haya terminado, continúan beneficiándose de la inmunidad respecto de los actos realizados a título oficial durante dicho mandato.

Artículo 7

Crímenes de derecho internacional respecto de los que la inmunidad *ratione materiae* no se aplica

1. La inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera no se aplica en relación con los siguientes crímenes de derecho internacional:

- a) crimen de genocidio;
- b) crímenes de lesa humanidad;
- c) crímenes de guerra;
- d) crimen de *apartheid*;
- e) tortura;
- f) desapariciones forzadas.

2. A los efectos del presente proyecto de artículo, los crímenes de derecho internacional arriba mencionados se entienden conforme a la definición de los mismos contenida en los tratados enumerados en el anexo al presente proyecto de artículos.

* La Comisión considerará en su 70º período de sesiones las disposiciones y garantías procesales aplicables al presente proyecto de artículos.

Anexo

Lista de los tratados a que se hace referencia en el proyecto de artículo 7, párrafo 2

Crimen de genocidio

- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, artículo 6;
- Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948, artículo II.

Crímenes de lesa humanidad

- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, artículo 7.

Crímenes de guerra

- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, artículo 8, párrafo 2.

Crimen de *apartheid*

- Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, de 30 de noviembre de 1973, artículo II.

Tortura

- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984, artículo 1, párrafo 1.

Desapariciones forzadas

- Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 20 de diciembre de 2006, artículo 2.

2. Texto del proyecto de artículo, con su comentario, aprobado provisionalmente por la Comisión en su 69º período de sesiones

141. El texto del proyecto de artículo, con su comentario, aprobado provisionalmente por la Comisión en su 69º período de sesiones figura a continuación.

Segunda parte

Inmunidad *ratione personae**

[...]

Tercera parte

Inmunidad *ratione materiae**

[...]

Artículo 7

Crímenes de derecho internacional respecto de los que la inmunidad *ratione materiae* no se aplica

1. La inmunidad *ratione materiae* respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera no se aplica en relación con los siguientes crímenes de derecho internacional:

- a) crimen de genocidio;
- b) crímenes de lesa humanidad;

* La Comisión considerará en su 70º período de sesiones las disposiciones y garantías procesales aplicables al presente proyecto de artículos.

- c) crímenes de guerra;
- d) crimen de *apartheid*;
- e) tortura;
- f) desapariciones forzadas.

2. A los efectos del presente proyecto de artículo, los crímenes de derecho internacional arriba mencionados se entienden conforme a la definición de los mismos contenida en los tratados enumerados en el anexo al presente proyecto de artículos.

Anexo

Lista de los tratados a que se hace referencia en el proyecto de artículo 7, párrafo 2

Crimen de genocidio

- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, artículo 6;
- Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948, artículo II.

Crímenes de lesa humanidad

- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, artículo 7.

Crímenes de guerra

- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, artículo 8, párrafo 2.

Crimen de *apartheid*

- Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, de 30 de noviembre de 1973, artículo II.

Tortura

- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984, artículo 1, párrafo 1.

Desapariciones forzadas

- Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 20 de diciembre de 2006, artículo 2.

Comentario

1) El proyecto de artículo 7 indica los crímenes de derecho internacional respecto de los que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae* no se aplica, de conformidad con el presente proyecto de artículos. El proyecto de artículo contiene dos párrafos dedicados, respectivamente, a enumerar los crímenes (párr. 1) y a identificar la definición de dichos crímenes (párr. 2).

2) El proyecto de artículo 7 se refiere únicamente a la inmunidad de jurisdicción *ratione materiae*, por lo que se incluye en la tercera parte del proyecto de artículos, y no se aplica respecto de la inmunidad de jurisdicción *ratione personae*, que se regula en la segunda parte del proyecto de artículos.

3) Ello no significa, sin embargo, que los funcionarios del Estado enumerados en el proyecto de artículo 3 (los Jefes de Estados, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores) queden excluidos de modo permanente de la aplicación del proyecto de artículo 7. Por el contrario, ha de tenerse en cuenta que, tal y como señaló la Comisión, el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores “se benefician

de la inmunidad *ratione personae* únicamente durante su mandato⁷⁵⁹ y que la extinción de dicha inmunidad “se entiende sin perjuicio de la aplicación de las reglas de derecho internacional relativas a la inmunidad *ratione materiae*”⁷⁶⁰. Con carácter complementario, el proyecto de artículo 6, referido a la inmunidad *ratione materiae*, establece que “[l]os individuos que se beneficiaron de la inmunidad *ratione personae* [...], cuyo mandato haya terminado, continúan beneficiándose de la inmunidad respecto de los actos realizados a título oficial durante dicho mandato”⁷⁶¹. En consecuencia, dado que esta inmunidad residual es una inmunidad *ratione materiae*, el proyecto de artículo 7 será aplicable a la inmunidad de jurisdicción de que puede beneficiarse un antiguo Jefe de Estado, un antiguo Jefe de Gobierno o un antiguo Ministro de Relaciones Exteriores por los actos realizados a título oficial durante el período en que se encontraban en ejercicio de sus respectivos mandatos. Por tanto, dicha inmunidad no se aplicará a estos antiguos funcionarios en relación con los crímenes de derecho internacional enumerados en el párrafo 1 del proyecto de artículo 7.

4) El párrafo 1 del proyecto de artículo 7 enuncia los crímenes que, en caso de producirse, impedirían la aplicación de dicha inmunidad de jurisdicción penal a un funcionario extranjero, aunque esos crímenes hubiesen sido cometidos por dicho funcionario actuando en tal condición durante su mandato. Así pues, el proyecto de artículo 7 complementa los elementos normativos de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae* definidos en los proyectos de artículo 5 y 6.

5) En votación registrada, la Comisión decidió incluir este proyecto de artículo teniendo en cuenta las siguientes razones. En primer lugar, consideró que la práctica ponía de manifiesto la existencia de una tendencia a favor de limitar la aplicabilidad de la inmunidad de jurisdicción *ratione materiae* en relación con ciertos comportamientos que constituyen crímenes de derecho internacional. Dicha tendencia se refleja en decisiones judiciales adoptadas por tribunales nacionales que, a pesar de no responder a un mismo modelo en su argumentación, no han reconocido la inmunidad de jurisdicción *ratione materiae* en relación con ciertos crímenes internacionales⁷⁶². Con carácter excepcional la

⁷⁵⁹ Proyecto de artículo 4, párr. 1. Véase el párrafo 2) del comentario al proyecto de artículo 4, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10)*, págs. 71 y 72.

⁷⁶⁰ Proyecto de artículo 4, párr. 3. Véase el párrafo 7) del comentario al proyecto de artículo 4, *ibid.*, pág. 75.

⁷⁶¹ Proyecto de artículo 6, párr. 3. Véanse los párrafos 9) a 15) del comentario al proyecto de artículo 6, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/71/10)*, págs. 389 a 391. Véase también el párrafo 4) del comentario al proyecto de artículo 5, *ibid.*, *sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10)*, pág. 255.

⁷⁶² Véanse los siguientes asuntos, que se presentan para avalar esa tendencia: *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, Cámara de los Lores del Reino Unido, 24 de marzo de 1999, [1999] UKHL 17, [2000] 1 AC 147; *Pinochet*, Bélgica, Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, sentencia de 6 de noviembre de 1998, *International Law Reports* (ILR), vol. 119, pág. 349; *Hussein*, Alemania, Tribunal Superior Regional de Colonia, sentencia de 16 de mayo de 2000, 2 Zs 1330/99, párr. 11 (realiza tal afirmación para la hipótesis de que el entonces Presidente Hussein hubiese dejado de desempeñar tales funciones); *Bouterse*, Países Bajos, Tribunal de Apelaciones de Ámsterdam, sentencia de 20 de noviembre de 2000, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 32 (2001), págs. 266 y ss. (aunque el Tribunal Supremo casó la sentencia posteriormente, no lo hizo en relación con la inmunidad sino en virtud de la violación del principio de irretroactividad y del alcance restringido de la jurisdicción universal, véase la sentencia de 18 de septiembre de 2001, *International Law in Domestic Courts* [ILDC 80 (NL 2001)]); *Sharon and Yaron*, Bélgica, Tribunal de Casación, sentencia de 12 de febrero de 2003, ILR, vol. 127, pág. 123 (aunque reconoció la inmunidad *ratione personae* a Ariel Sharon, procesó a Amos Yaron, que cuando se cometieron los hechos era Jefe de las Fuerzas Armadas israelíes que participaron en las matanzas de Sabra y Chatila); *H. v. Public Prosecutor*, Países Bajos, Tribunal Supremo, sentencia de 8 de julio de 2008, ILDC 1071 (NL 2008), párr. 7.2; *Lozano v. Italy*, Italia, Tribunal de Casación, sentencia de 24 de julio de 2008, ILDC 1085 (IT 2008), párr. 6; *A. c. Ministère public de la Confédération*, Suiza, Tribunal Federal Penal, sentencia de 25 de julio de 2012, BB.2011.140; *FF v. Director of Public Prosecutions* (caso Príncipe Nasser), High Court of Justice, Queen’s Bench Division, Divisional Court, sentencia de 7 de octubre de 2014 [2014] EWHC 3419 (Admin.) (el interés de esta sentencia radica en el hecho de que ha sido dictada como una *order consented*, es decir, sobre la base de un

citada tendencia se refleja igualmente en la adopción de legislación nacional que contempla excepciones a la inmunidad *ratione materiae* en relación con la comisión de crímenes internacionales⁷⁶³. La existencia de dicha tendencia ha sido puesta de manifiesto también

acuerdo alcanzado entre los demandantes y el Director de Acusación Pública en el que este último admite que los actos de tortura imputados al Príncipe Nasser no están cubiertos por la inmunidad *ratione materiae*). En el marco de un procedimiento civil el Tribunal Supremo italiano ha afirmado igualmente que la inmunidad *ratione materiae* no se aplica ante la jurisdicción penal en los casos en que los funcionarios del Estado hayan cometido crímenes internacionales (*Ferrini v. Federal Republic of Germany*, Tribunal de Casación, sentencia de 11 de marzo de 2004, ILR, vol. 128, pág. 674). En el caso *Jones*, aunque la Cámara de los Lores reconoce la inmunidad ante la jurisdicción civil, reitera que la inmunidad de jurisdicción penal no es aplicable en caso de tortura (*Jones v. Saudi Arabia*, Cámara de los Lores, sentencia de 14 de junio de 2006, [2006] UKHL 26, [2007] 1 AC). Por último, debe destacarse que el Tribunal Superior Federal de Etiopía, aunque en el marco de un caso seguido contra un nacional etíope, afirmó la existencia de una norma de derecho internacional que impide aplicar la inmunidad a un antiguo Jefe de Estado cuando se le acusa de crímenes internacionales (*Special Prosecutor v. Hailemariam*, Tribunal Superior Federal, sentencia de 9 de octubre de 1995, ILDC 555 (ET 1995)). En otros asuntos los tribunales nacionales han procesado a funcionarios de un tercer Estado por crímenes internacionales sin pronunciarse sobre la inmunidad. Así ha sucedido, por ejemplo, en el caso *Barbie* ante los tribunales franceses: *Fédération Nationale des Déportés et Internés Résistants et Patriotes and others v. Barbie*, Francia, Tribunal de Casación, sentencias de 6 de octubre de 1983, 26 de enero de 1984 y 20 de diciembre de 1985, ILR, vol. 78, pág. 125; *Fédération Nationale des Déportés et Internés Résistants et Patriotes and others v. Barbie*, Tribunal de Instancia del Ródano, sentencia de 4 de julio de 1987, ILR, vol. 78, pág. 148; y Tribunal de Casación, sentencia de 3 de junio de 1988, ILR, vol. 100, pág. 330. Por su parte, la Audiencia Nacional de España ha procesado por crímenes internacionales a varios funcionarios extranjeros sin considerar necesario pronunciarse sobre la inmunidad: asuntos *Pinochet*, *Scilingo*, *Cavallo*, *Guatemala*, *Rwanda* y *Tíbet*. En el caso *Rwanda*, la Audiencia Nacional acordó, no obstante, excluir del procesamiento al Presidente Kagame en virtud de la inmunidad de que goza. De la misma manera, en el asunto *Tíbet*, la Audiencia Nacional excluyó del procesamiento al entonces Presidente Hu Jintao; sin embargo, tras terminar su mandato como Presidente de China, el Juzgado central de instrucción núm. 2 de la Audiencia Nacional acordó su procesamiento por auto de 9 de octubre de 2013, alegando que había dejado de beneficiarse de la “inmunidad diplomática”.

⁷⁶³ En apoyo de esa posición, se ha señalado la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede en España y las Conferencias y Reuniones Internacionales celebradas en España, que establece un régimen autónomo de inmunidad para el Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Ministro de Relaciones Exteriores, conforme al cual respecto de “los actos realizados durante su mandato en el ejercicio de sus funciones oficiales [por dichos funcionarios] quedarán excluidos de la inmunidad los crímenes de genocidio, desaparición forzada, guerra y lesa humanidad” (art. 23, párr. 1, *in fine*). También resulta interesante la Ley núm. 24488 de la Argentina, relativa a la Inmunidad Jurisdiccional de los Estados Extranjeros ante los Tribunales Argentinos de la que se excluyó el artículo 3 por el Decreto núm. 849/95 de Promulgación de la Ley, lo que tiene como resultado que los tribunales de dicho país no podrán abstenerse cuando se presente una demanda contra un Estado por violación de normas del derecho internacional de los derechos humanos. Por su parte, desde una perspectiva mucho más limitada, la Ley de Inmunidad Soberana Extranjera de los Estados Unidos, modificada por la Ley de Protección a las Víctimas de la Tortura, establece una “Excepción de terrorismo a la inmunidad jurisdiccional de un Estado Extranjero” (artículo 1605A) que permite excluir la aplicación de la inmunidad respecto de determinados tipos de actos como la tortura o las ejecuciones extrajudiciales siempre que hayan sido realizados por funcionarios de un Estado al que las autoridades competentes de los Estados Unidos hayan declarado previamente como “Estado patrocinador del terrorismo”. Una excepción similar se contiene en la Ley de Inmunidad del Estado del Canadá. Por último, ha de tenerse en cuenta que ciertas limitaciones o excepciones a la inmunidad en relación con crímenes internacionales se contienen en legislación nacional referida a este tipo de crímenes bien sea de forma autónoma (véanse la Ley de Represión de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario de Bélgica, modificada en 2003; la Ley sobre Crímenes Internacionales de los Países Bajos, de 2003; y el Código Penal de la República del Níger, modificado en 2003), o bien por tratarse de leyes de aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Entre las leyes de aplicación que establecen una excepción a la inmunidad de carácter general, véase Burkina Faso: Ley de Determinación de las Competencias y del Procedimiento de Aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional por los Tribunales de Burkina Faso, núm. 50, de 2009, arts. 7 y 15.1 (conforme a la misma, los tribunales de Burkina Faso pueden ejercer su jurisdicción respecto de las personas que hayan cometido un crimen de competencia de la Corte, aunque lo hayan cometido en el extranjero, siempre que el sospechoso se encuentre en su territorio. Además, el cargo oficial no

por parte de la doctrina, y ha tenido algún reflejo en el marco de procesos seguidos ante tribunales internacionales⁷⁶⁴.

6) En segundo lugar, la Comisión tuvo igualmente en cuenta que el proyecto de artículos sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado estaba llamado a aplicarse en el marco de un ordenamiento jurídico internacional cuya unidad y carácter sistémico no se pueden obviar. Por tanto, los trabajos de la Comisión no debían ignorar otras normas ya existentes ni entrar en colisión con los principios jurídicos consagrados en sectores tan relevantes del derecho internacional contemporáneo como el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional penal. En este contexto, el tratamiento de los crímenes en que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera no se aplica debe realizarse de forma cuidadosa y equilibrada, teniendo en cuenta la necesidad de preservar el respeto del principio de igualdad soberana del Estado, así como la necesidad de garantizar la aplicación del principio de rendición de cuentas, el principio de responsabilidad penal del individuo y la lucha contra la impunidad de los más graves crímenes internacionales entendida como un objetivo primordial de la comunidad internacional. Mediante la preservación de dicho

constituirá una causa de excepción o reducción de la responsabilidad); Comoras: Ley núm. 11-022, de 13 de diciembre 2011, relativa a la Aplicación del Estatuto de Roma, art. 7.2 (“las inmunidades o normas de procedimiento especiales que pueda conllevar el cargo oficial de una persona en virtud de la ley o del derecho internacional no impiden a los tribunales nacionales ejercer su competencia con respecto a esta persona en relación a las infracciones previstas en esta Ley”); Irlanda: Ley relativa a la Corte Penal Internacional de 2006, art. 61.1 (“Conforme al artículo 27, cualquier inmunidad diplomática o inmunidad del Estado asociada a una persona en razón de una conexión con un Estado parte en el Estatuto de Roma no precluye el establecimiento de un procedimiento en relación con esa persona”); Mauricio: Ley relativa a la Corte Penal Internacional de 2001, art. 4; Sudáfrica: Ley de Aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional núm. 27, de 18 de julio de 2002, arts. 4 2) a) i) y 4 3) c) (conforme a la misma, los tribunales sudafricanos tienen competencia para enjuiciar los crímenes de genocidio, lesa humanidad y guerra cuando el presunto autor se encuentre en Sudáfrica, siendo inoponible la condición oficial que pueda ostentar el acusado). Entre las leyes de aplicación que establecen únicamente límites o procedimientos de consulta en relación con el deber de cooperar con la Corte Penal Internacional, véanse Alemania: Ley Constitutiva de los Tribunales, arts. 20.1 y 21; Argentina: Ley núm. 26200 de Aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado por la Ley núm. 25390 y ratificado el 16 de enero de 2001, arts. 40 y 41; Australia: Ley relativa a la Corte Penal Internacional, núm. 41, de 2002, art. 12.4; Austria: Ley Federal de Cooperación con la Corte Penal Internacional, núm. 135, de 13 de agosto de 2002, arts. 9.1 y 9.3; Canadá: Ley de Extradición, 1999, art. 18; Francia: Código de Procedimiento Penal (conforme a la Ley núm. 2002-268 de 26 de febrero de 2002), art. 627.8; Irlanda: Ley relativa a la Corte Penal Internacional, núm. 30, de 2006, art. 6.1; Islandia: Ley relativa a la Corte Penal Internacional, de 2003, art. 20.1; Kenya: Ley de Crímenes Internacionales de 2008, núm. 16, art. 27; Liechtenstein: Ley de 20 de octubre de 2004 sobre la Cooperación con la Corte Penal Internacional y otros Tribunales Internacionales, art. 10.1.b) y c); Malta: Ley de Extradición, art. 26S.1; Noruega: Ley núm. 65 de 15 de junio de 2001 relativa a la Aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998 en el Derecho Noruego, art. 2; Nueva Zelanda: Ley de los Crímenes Internacionales y la Corte Penal Internacional de 2000, art. 31.1; Reino Unido: Ley relativa a la Corte Penal Internacional, 2001, art. 23.1; Samoa: Ley relativa a la Corte Penal Internacional de 2007, núm. 26, arts. 32.1 y 41; Suiza: Ley de Cooperación con la Corte Penal Internacional, art. 6; y Uganda: Ley relativa a la Corte Penal Internacional, núm. 18, de 2006, art. 25.1 a) y b). Un caso especial es el de Dinamarca, cuya Ley relativa a la Corte Penal Internacional, de 16 de mayo de 2001, (art. 2) atribuye la decisión de resolver los temas sobre la inmunidad al ejecutivo sin definir un sistema específico de consultas.

⁷⁶⁴ La existencia de una tendencia relativa a la limitación de la inmunidad por crímenes internacionales fue afirmada por los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal en su opinión separada conjunta en la causa *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, págs. 3 y ss., en especial pág. 88, párr. 85. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el asunto *Jones and Others v. the United Kingdom*, ha reconocido expresamente parece existir “un apoyo emergente a favor de una norma especial o excepción en derecho internacional público en los casos relativos a declaraciones civiles por tortura” y que, por tanto, “a la luz de los desarrollos actualmente en curso en este área del derecho internacional público, es un tema que ha de ser mantenido en revisión por los Estados contratantes” (*Jones and Others v. the United Kingdom*, demandas núms. 34356/06 y 40528/06, sentencia de 2 de junio de 2014, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2014, párrs. 213 y 215).

equilibrio se garantiza que la inmunidad cumple las funciones para las que se estableció (proteger la igualdad soberana y los legítimos intereses del Estado) y que no se transforma en un instrumento procesal para bloquear de forma absoluta la deducción de la responsabilidad penal de ciertos individuos (los funcionarios del Estado) que se pueda derivar de la comisión de los más graves crímenes de derecho internacional.

7) Teniendo en cuenta las dos razones antes señaladas, la Comisión considera que debe cumplir su mandato de impulsar el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional aplicando conjuntamente el método deductivo y el método inductivo. Sobre la base de esta premisa metodológica, la Comisión ha incluido en el proyecto de artículo 7 una lista de crímenes respecto de los que la inmunidad *ratione materiae* no se aplica en virtud de los siguientes criterios: a) se trata de crímenes respecto de los que se puede identificar en la práctica una tendencia a favor de su consideración como crímenes no cubiertos por la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae*; y b) se trata de crímenes de derecho internacional que han sido identificados por la comunidad internacional como los más graves crímenes que preocupan a la comunidad internacional y respecto de los cuales existen normas internacionales, convencionales y consuetudinarias, relativas a la prohibición de dichos crímenes, así como a la obligación de adoptar medidas para prevenir y sancionar la comisión de los mismos.

8) No obstante, algunos miembros discreparon de ese análisis. En primer lugar, expresaron su oposición al proyecto de artículo 7, aprobado mediante votación, señalando lo siguiente: a) que la Comisión no debe definir su labor como una posible codificación del derecho internacional consuetudinario cuando, por las razones señaladas en las notas que figuran más abajo, es evidente que la jurisprudencia nacional⁷⁶⁵, la legislación

⁷⁶⁵ Esos miembros señalaron que solo se citan nueve casos (véase la nota 762 *supra*) que supuestamente tratan de manera expresa la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae* de un funcionario del Estado con arreglo al derecho internacional consuetudinario y que, de hecho, la mayoría de esos casos no avalan que deba denegarse dicha inmunidad. Por ejemplo, en la causa del Reino Unido *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate*, la inmunidad solo fue denegada con respecto a los actos comprendidos en el ámbito de aplicación de un tratado en vigor que se interpretó que motivaba la renuncia a la inmunidad (la Convención contra la Tortura). La causa alemana *Hussein* no se refería a ninguno de los crímenes enumerados en el proyecto de artículo 7, y la sentencia no afirmó, en relación con la hipótesis de que el entonces Presidente Hussein había dejado el cargo, que la inmunidad de jurisdicción *ratione materiae* no se reconocía o no debía reconocerse en ese caso. La causa *Bouterse* no fue confirmada por el Tribunal Supremo de los Países Bajos y el razonamiento del tribunal de rango inferior sobre la inmunidad siguió siendo un *obiter dictum* no probado. La decisión de Bélgica en la causa *Sharon and Yaron* fue controvertida y llevó al Parlamento a modificar ulteriormente la legislación belga, lo que llevó a la Corte de Casación a declarar la falta de jurisdicción sobre el caso. Con esa misma ley estuvo relacionada la causa *Pinochet* ante el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas. En la causa *Lozano v. Italy*, se concedió, no se denegó, inmunidad *ratione materiae* al funcionario del Estado extranjero. La causa *Special Prosecutor v. Hailemariam* se refería al enjuiciamiento por Etiopía de uno de sus propios nacionales, no de un funcionario de un Estado extranjero. Otros casos citados atañen a situaciones en que no se ha hecho valer la inmunidad o se ha renunciado a ella; no respaldan la afirmación de que un funcionario no disfruta de inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae* con arreglo al derecho internacional consuetudinario si se invoca tal inmunidad. Además, esos miembros han señalado que la pertinencia para el tema de los casos *civiles* ante tribunales nacionales debe ser examinada con detenimiento; en la medida en que son pertinentes, tienden a no avalar las excepciones establecidas en el proyecto de artículo 7. Por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia declaró incompatible la causa *Ferrini v. Federal Republic of Germany* (véase la nota 762 *supra*) con las obligaciones de Italia en virtud del derecho internacional. Véase *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports 2012*, pág. 99. En la causa *Jones v. Saudi Arabia* (véase la nota 762 *supra*), la Cámara de los Lores reconoció la inmunidad del funcionario del Estado. En cambio, además de los casos antes mencionados, esos miembros señalaron varias causas en que la inmunidad *ratione materiae* ha sido invocada y aceptada por los tribunales nacionales en procesos penales. Véanse, por ejemplo, Senegal, *Prosecutor v. Hissène Habré*, Tribunal de Apelación de Dakar, sentencia de 4 de julio de 2000, y Tribunal de Casación, sentencia de 20 de marzo de 2001; ILR vol. 571 a 577 (inmunidad concedida al antiguo Jefe de Estado); Alemania, *Jiang Zemin*, decisión de la Fiscalía General de la República Federal de Alemania de 24 de junio de 2005, 3 ARP 654/03-2 (*idem*).

nacional⁷⁶⁶ y el derecho de los tratados⁷⁶⁷ no respaldan las excepciones establecidas en el proyecto de artículo 7; b) que no ha sido posible identificar en la práctica en la materia una “tendencia”, temporal o de otra índole, a favor de las excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae*; c) que la inmunidad es de carácter procesal y que, por ello: i) no se puede presuponer que la existencia de responsabilidad penal derivada de los crímenes de derecho internacional que pueda haber cometido un funcionario del Estado excluye automáticamente la inmunidad de jurisdicción penal extranjera; ii) la inmunidad no depende de la gravedad del acto en cuestión ni de que ese acto esté prohibido por la norma imperativa de derecho internacional; y iii) la cuestión de la inmunidad ha de valorarse en una etapa temprana del ejercicio de la jurisdicción, antes de examinar el fondo del asunto⁷⁶⁸; d) la falta de inmunidad ante un tribunal penal internacional no es pertinente para la inmunidad de jurisdicción en los tribunales nacionales; y e) que el establecimiento de un nuevo sistema de excepciones a la inmunidad, si no se acuerda en virtud de un tratado, probablemente dañará las relaciones entre Estados y corre el riesgo de socavar el objetivo de la comunidad internacional de luchar contra la impunidad de los más graves crímenes internacionales. Además, en opinión de esos miembros, al proponer el proyecto de artículo 7, la Comisión estaría llevando a cabo un ejercicio de “política normativa” que no guarda relación ni con la codificación ni con el desarrollo progresivo del derecho internacional. Según esos miembros, el proyecto de artículo 7 es una propuesta de “derecho nuevo” que no puede ser considerada ni *lex lata* ni desarrollo progresivo deseable del derecho internacional. En segundo lugar, esos miembros de la Comisión también destacaron la diferencia entre la inmunidad procesal de jurisdicción extranjera, por una parte, y la responsabilidad penal sustantiva, por otra, y sostuvieron que el reconocimiento de excepciones a la inmunidad ni se requería ni era necesariamente apropiado para lograr el

⁷⁶⁶ Esos miembros han señalado que muy pocas leyes nacionales abordan la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae* de los funcionarios del Estado con arreglo al derecho internacional consuetudinario. Como se reconoce en el quinto informe de la Relatora Especial sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/701), párr. 42: “La inmunidad de jurisdicción del Estado o de sus funcionarios no es objeto de regulación expresa en la mayoría de los Estados. Por el contrario, la respuesta a la inmunidad ha sido dejada en manos de los tribunales...”. De las pocas leyes nacionales que supuestamente tratan dicha inmunidad (Burkina Faso, Comoras, España, Irlanda, Mauricio, Níger y Sudáfrica), ninguna se hace eco del proyecto de artículo 7 tal como está redactado. Por ejemplo, la Ley Orgánica de España 16/2015, de 27 de octubre, art. 23, párr. 1, únicamente se refiere a la inmunidad *ratione materiae* de los antiguos Jefes de Estado y de Gobierno y los antiguos Ministros de Asuntos Exteriores. Leyes como la Ley de Represión de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario (enmendada en 2003), de Bélgica, o la Ley de Crímenes Internacionales, de 2003, de los Países Bajos, solo disponen que se denegará la inmunidad con arreglo al derecho internacional, sin más detalles. Además, esos miembros han observado que las leyes nacionales de ejecución de una obligación de entrega de un funcionario a la Corte Penal Internacional, dimanante del Estatuto de Roma o de una decisión del Consejo de Seguridad, no son pertinentes para la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado con arreglo al derecho internacional consuetudinario. También son irrelevantes las leyes nacionales centradas en la inmunidad de los Estados, como la Ley núm. 24488 de la Argentina, la Ley de Inmunidad Soberana Extranjera de los Estados Unidos y la Ley de Inmunidad del Estado del Canadá (además, se ha indicado que la Ley de Inmunidad Soberana Extranjera no ha sido enmendada por la Ley de Protección de las Víctimas de Tortura, que no tiene nada que ver con el terrorismo).

⁷⁶⁷ Esos miembros han señalado que ninguno de los tratados mundiales dedicados a tipos concretos de crímenes (como el genocidio, los crímenes de guerra, el *apartheid*, la tortura y las desapariciones forzadas) contienen disposiciones que anulen la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae* de los funcionarios del Estado, como tampoco las contienen los tratados mundiales que se ocupan de tipos concretos de funcionarios (por ejemplo, los diplomáticos, los agentes consulares y los agentes en misión especial).

⁷⁶⁸ Véanse, por ejemplo, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)* (véase la nota 765 *supra*, pág. 137, párr. 84 (“el derecho internacional consuetudinario no condiciona el derecho de un Estado a la inmunidad a la gravedad del acto del que se le acusa ni al carácter imperativo de la norma presuntamente vulnerada”)); *Arrest Warrant of 1 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, pág. 25, párr. 60 (“La inmunidad de jurisdicción penal y la responsabilidad penal individual son conceptos muy distintos. Mientras que la inmunidad jurisdiccional tiene carácter procesal, la responsabilidad penal es una cuestión de derecho sustantivo”).

equilibrio necesario. En opinión de esos miembros, la impunidad puede evitarse en las situaciones en que un funcionario es enjuiciado por su propio Estado, es enjuiciado por un tribunal internacional o es enjuiciado por un tribunal extranjero tras la renuncia a la inmunidad. Hacer valer excepciones a la inmunidad que los Estados no han aceptado mediante un tratado o la práctica generalizada puede dar lugar a grandes tensiones entre los Estados, cuando no a un conflicto abierto, en los casos en que un Estado ejerce su jurisdicción penal respecto de los funcionarios de otro Estado basándose únicamente en la presunta comisión de un crimen atroz.

9) Ha de tenerse en cuenta que esos miembros señalaron también que no podría adoptarse ninguna decisión sobre la cuestión relativa a los límites y excepciones a la inmunidad hasta que la Comisión no se hubiese pronunciado sobre la cuestión de las garantías procesales. Dicha opinión no fue, sin embargo, seguida por la mayoría de los miembros de la Comisión, que, si bien reconocieron la importancia de definir claramente garantías procesales que evitasen abusos en el ejercicio de la jurisdicción penal extranjera respecto de los funcionarios del Estado, entendieron que el tema de los crímenes respecto de los que la inmunidad de jurisdicción *ratione materiae* no se aplica podía ser objeto de tratamiento autónomo en el presente estadio de los trabajos de la Comisión. No obstante, a fin de expresar la gran importancia que la Comisión atribuye a las cuestiones procesales en el tratamiento del presente tema, se acordó incluir en el texto actual del proyecto de artículos una nota a pie de página redactada en los siguientes términos: “[l]a Comisión considerará en su 70º período de sesiones las disposiciones y garantías procesales aplicables al presente proyecto de artículos”. Dicha nota se incluyó como referencia en el título de la segunda parte (Inmunidad *ratione personae*) y en el título de la tercera parte (Inmunidad *ratione materiae*) del proyecto de artículos, ya que las disposiciones y garantías procesales podían referirse a ambas categorías de inmunidad, y debían considerarse además en relación con el proyecto de artículos entendido en su conjunto.

Párrafo 1

10) El párrafo 1, apartados a) a f), del proyecto de artículo 7 enumera los crímenes de derecho internacional que, en caso de que se produzcan presuntamente, impedirían la aplicación de la inmunidad de jurisdicción penal en beneficio de un funcionario extranjero, aunque esos crímenes hubiesen sido cometidos por dicho funcionario actuando en tal condición y durante el período en que se encontrase en ejercicio de sus funciones. Dichos crímenes son los siguientes: el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, el crimen de *apartheid*, la tortura y las desapariciones forzadas.

11) El encabezamiento del proyecto de artículo emplea la expresión “no se aplica” a fin de tener en cuenta que tanto en la práctica como en la doctrina se vienen produciendo dos interpretaciones distintas respecto de la valoración o no de dichos crímenes como “actos realizados a título oficial”. Así, desde una primera perspectiva se ha entendido que la comisión de dichos crímenes no puede constituir nunca una función del Estado y, por tanto, no pueden ser considerados como “actos realizados a título oficial”. Por el contrario, desde una segunda perspectiva, se ha sostenido que los crímenes de derecho internacional bien exigen la presencia de un elemento estatal (tortura, desapariciones forzadas), bien se cometen con la cobertura, explícita o implícita, del aparato del Estado, por lo que se produce una conexión estatal y, por tanto, pueden ser considerados en determinadas ocasiones “actos realizados a título oficial”⁷⁶⁹. Aunque la Comisión no consideró necesario pronunciarse a favor de una u otra de las interpretaciones antes mencionadas, tuvo en cuenta que algunos tribunales nacionales no han aplicado la inmunidad *ratione materiae* en ejercicio de su jurisdicción penal respecto de estos crímenes de derecho internacional, bien sea porque no los consideran un acto realizado a título oficial o una función propia del Estado⁷⁷⁰, bien porque entienden que, a pesar de serlo, los crímenes de derecho

⁷⁶⁹ Véase, por ejemplo, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)* (véase la nota 765 *supra*), pág. 125, párr. 60 (sobre *acta jure imperii* en el contexto de la inmunidad del Estado).

⁷⁷⁰ Véanse, a título de ejemplo, los siguientes asuntos: *Pinochet*, Bélgica, Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, sentencia de 6 de noviembre de 1998 (véase la nota 762 *supra*), pág. 349; *Hussein*, Alemania, Tribunal Superior Regional de Colonia, sentencia de 16 de mayo de 2000 (véase la

internacional (por su gravedad o por ser contrarios a normas imperativas) no pueden dar lugar al reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción penal respecto de sus autores⁷⁷¹.

12) Por ello, teniendo en cuenta que en la práctica un mismo crimen de derecho internacional ha sido interpretado en ocasiones como un límite (inexistencia de la inmunidad) o como una excepción (exclusión de la inmunidad existente), la Comisión consideró preferible abordar el tema desde la perspectiva de los efectos que se derivan de cada uno de estos enfoques, a saber: la no aplicabilidad respecto de dichos crímenes de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae* de la que, de otro modo, podría beneficiarse un funcionario del Estado. La Comisión optó por esta formulación por razones de claridad y seguridad, a fin de ofrecer una lista de crímenes que, aunque fueran cometidos por un funcionario del Estado, impedirían que este se beneficiase de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera.

13) A tal fin se usó la expresión “la inmunidad no se aplica” siguiendo, *mutatis mutandi*, la técnica que la Comisión empleó en su día en relación con la inmunidad de jurisdicción del Estado, en que utilizó la expresión “procesos en que la inmunidad del Estado no puede ser invocada” en un contexto similar⁷⁷². Sin embargo, en el proyecto de artículo 7, la Comisión decidió no emplear la expresión “no puede invocarse” a fin de evitar el componente procesal que tiene dicha expresión y prefirió retener la fórmula neutra “no se aplica”.

14) Por su parte, la expresión “respecto del ejercicio de la jurisdicción penal extranjera” se incluyó en el encabezamiento a fin de seguir la formulación ya empleada con anterioridad en los proyectos de artículo 3 y 5, provisionalmente aprobados por la Comisión.

15) Con la expresión “crímenes de derecho internacional” se hace referencia a conductas tipificadas en el derecho internacional, sean o no crímenes en el derecho nacional. Los crímenes enumerados en el artículo 7 son los crímenes de mayor trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, sobre los que existe un amplio consenso internacional respecto de su definición, así como sobre la existencia de una obligación de prevenir y sancionar la comisión de los mismos. Dichos crímenes han sido abordados en

nota 762 *supra*, párr. 11 (realiza tal afirmación para la hipótesis de que el entonces Presidente Hussein hubiese dejado de desempeñar tales funciones). Un argumento similar ha sido seguido también en algunos casos cuando la inmunidad se ha suscitado ante la jurisdicción civil. Así, véase, a título de ejemplo, el asunto *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, Tribunal de Primera Instancia de Leivadia (Grecia), sentencia de 30 de octubre de 1997.

⁷⁷¹ Así sucedió, por ejemplo, en el caso *Eichmann*, Israel, Tribunal Supremo, sentencia de 29 de mayo de 1962, ILR, vol. 36, págs. 309 y 310. En el caso *Ferrini*, los tribunales italianos se han basado tanto en la gravedad de los crímenes cometidos como en el hecho de que las conductas en cuestión son contrarias a normas de *ius cogens* (*Ferrini v. Federal Republic of Germany*, Tribunal de Casación, sentencia de 11 de marzo de 2004 (véase la nota 762 *supra*, pág. 674). En el caso *Lozano*, el Tribunal de Casación italiano ha fundamentado el rechazo de la inmunidad en la violación de derechos fundamentales, que tienen rango de normas de *ius cogens* y, por tanto, deben primar sobre las normas que regulan la inmunidad (*Lozano c. Italia*, Italia, Tribunal de Casación, sentencia de 24 de julio de 2008 (véase la nota 762 *supra*, párr. 6). En el asunto *A. c. Ministère public de la Confédération*, el Tribunal Federal Penal de Suiza fundó su decisión en la existencia de una prohibición de cometer crímenes internacionales de carácter consuetudinario que el legislador suizo considera de *ius cogens*; destacando además la incoherencia de prohibir dichas conductas y al mismo tiempo seguir reconociendo una inmunidad *ratione materiae* que impediría el inicio de la investigación (*A. c. Ministère public de la Confédération*, Suiza, Tribunal Federal Penal, sentencia de 25 de julio de 2012 (véase la nota 762 *supra*)).

⁷⁷² Proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, aprobado por la Comisión en su 43^{er} período de sesiones, *Anuario...*, 1991, pág. 35. La Comisión utilizó la expresión arriba citada como título de la parte III del proyecto de artículos y la reiteró en los artículos 10 a 17 incluidos en esa parte. Para la explicación de los motivos que llevaron a la Comisión a emplear dicha expresión, véase, en particular, el párrafo 1) del comentario general a la parte III (pág. 35) y los párrafos 1) a 5) del comentario al artículo 10 (págs. 36 y 37). Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, hecha en Nueva York el 2 de diciembre de 2004 (resolución 59/38 de la Asamblea General, anexo), ha empleado la expresión “Procesos en que la inmunidad del Estado no se puede hacer valer” tanto en el título de la parte III como en los artículos 10 a 17.

tratados internacionales y están prohibidos también por el derecho internacional consuetudinario.

16) La expresión “crímenes de derecho internacional” ha sido empleada con anterioridad por la Comisión al enunciar los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg⁷⁷³ y en el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1954⁷⁷⁴. En dicho contexto, la Comisión entendió que el empleo de la expresión “crímenes de derecho internacional” significaba que “el derecho internacional es la base para la tipificación penal” de dichos crímenes y que “la prohibición de esas categorías de comportamiento y su punibilidad son consecuencia directa del derecho internacional”⁷⁷⁵. De ello se deriva “la autonomía del derecho internacional en la tipificación penal” de estos crímenes⁷⁷⁶ y el hecho de que “la tipificación o falta de tipificación de una categoría determinada de comportamiento como penal con arreglo al derecho nacional no surte efecto sobre la tipificación de esta categoría de comportamientos como penal con arreglo al derecho internacional”⁷⁷⁷. En consecuencia, el empleo de la expresión “crímenes de derecho internacional” vincula directamente la lista de crímenes contenida en el párrafo 1 del proyecto de artículo 7 con el derecho internacional y asegura que la definición de los mismos se entenderá conforme a lo establecido en normas internacionales, sin que sea relevante la tipificación que pueda haberse establecido en el derecho interno para identificar los casos en que la inmunidad no se aplica.

17) Dentro de la categoría de crímenes de derecho internacional se incluyen: a) el crimen de genocidio, b) los crímenes de lesa humanidad y c) los crímenes de guerra. La Comisión los incluyó entre los crímenes respecto de los que la inmunidad no se aplica por dos razones básicas. En primer lugar, se trata de crímenes respecto de los que la comunidad internacional ha expresado una preocupación especial, dando lugar a la adopción de tratados que ocupan un lugar central en el derecho penal internacional, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, y respecto de los cuales las cortes internacionales han destacado no solo su gravedad sino también que la prohibición de los mismos tiene naturaleza consuetudinaria y su comisión puede constituir una violación de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). En segundo lugar, se ha tenido en cuenta que dichos crímenes aparecen, directa o indirectamente, en la práctica judicial de los Estados en relación con casos en los que se ha suscitado la cuestión de la inmunidad *ratione materiae*. Por último, ha de destacarse que esos tres crímenes han sido recogidos en el artículo 5 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que los califica como los “crímenes más graves de transcendencia para la comunidad internacional en su conjunto”⁷⁷⁸. No obstante, algunos miembros señalaron que la inclusión de esos crímenes en el proyecto de artículo 7 no encontraba muchos elementos que lo sustentaran en la práctica, la jurisprudencia nacional e internacional o la legislación nacional.

⁷⁷³ Véase el principio I de los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg: “Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable del mismo y está sujeta a sanción” (*Yearbook... 1950*, vol. II, documento A/1316, pág. 374).

⁷⁷⁴ Véase artículo 1 del proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad aprobado en 1954: “Los delitos contra la paz y la seguridad de la Humanidad, definidos en el presente código, son delitos de derecho internacional, por los cuales serán castigados los individuos responsables” (*Yearbook... 1954*, vol. II, documento A/2693, pág. 150). Por su parte, el artículo 1, párrafo 2, del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad aprobado por la Comisión en 1996 declara que “[l]os crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad son crímenes de derecho internacional punibles en cuanto tales, estén o no sancionados en el derecho nacional” (*Anuario..., 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 19).

⁷⁷⁵ Véase el párrafo 6) del comentario al artículo 1 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996 (*Anuario..., 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 20).

⁷⁷⁶ *Ibid.*, párr. 9), pág. 18.

⁷⁷⁷ *Ibid.*, párr. 10). Téngase en cuenta que, por su parte, al comentar el principio I de los Principios de Nuremberg, la Comisión había afirmado que “[l]a regla general que subyace en el principio I es que el derecho internacional puede imponer obligaciones a los individuos directamente sin la interposición del derecho interno” (*Yearbook... 1950*, vol. II, documento A/1316, pág. 374, párr. 99).

⁷⁷⁸ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2187, núm. 38544, pág. 3, art. 5, párr. 1, y preámbulo, párrafo cuarto.

18) La Comisión decidió no incluir en este momento el crimen de agresión a pesar de que se encuentra recogido igualmente en el artículo 5 del Estatuto de Roma y ha sido objeto de tipificación en virtud de las enmiendas aprobadas en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma celebrada en Kampala en 2010⁷⁷⁹. La Comisión tomó tal decisión considerando la naturaleza del crimen de agresión, que exigiría a los tribunales nacionales determinar la existencia de un acto previo de agresión del Estado extranjero, así como la especial dimensión política de este tipo de crímenes⁷⁸⁰, dada su configuración como un “crimen de líderes”, y el hecho de que la propia Asamblea de Estados Partes de la Corte Penal Internacional no se ha pronunciado aún sobre la activación de la jurisdicción de la Corte respecto de este crimen. Sin embargo, algunos miembros señalaron que el crimen de agresión debería haberse incluido en el párrafo 1 del proyecto de artículo 7, ya que era el más grave de los crímenes de derecho internacional, fue incluido con anterioridad por la propia Comisión en el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996⁷⁸¹ y era uno de los recogidos en el Estatuto de Roma. Además, muchos Estados han incluido el crimen de agresión en su legislación penal⁷⁸². En consecuencia,

⁷⁷⁹ Véase la definición de la agresión incluida en el artículo 8 bis, *Documentos Oficiales de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Kampala, 31 de mayo a 11 de junio de 2010, publicación de la Corte Penal Internacional RC/9/11, resolución 6 “El crimen de agresión” (RC/Res.6).

⁷⁸⁰ A este respecto, ha de tenerse en cuenta que en los comentarios al proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996, la Comisión afirmó lo siguiente: “La agresión atribuida a un Estado es condición *sine qua non* para establecer la responsabilidad de una persona por su participación en el crimen de agresión. Nadie puede incurrir en responsabilidad por este crimen si no hay agresión cometida por un Estado. Por consiguiente, el tribunal no puede zanjar la cuestión de la responsabilidad penal individual por este crimen sin considerar con carácter preliminar la cuestión de la agresión cometida por un Estado. La determinación, por el tribunal de un Estado, de la cuestión de si otro Estado ha cometido agresión sería contraria al principio fundamental del derecho internacional *par in parem imperium non habet*. Además, el hecho de que el tribunal de un Estado, en el ejercicio de su competencia, tuviera que considerar la comisión de un acto de agresión por otro Estado tendría consecuencias graves para las relaciones internacionales y la paz y la seguridad internacionales” (*Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), pág. 33, párrafo 14) del comentario al artículo 8).

⁷⁸¹ *Ibid.*, pág. 46 (art. 16).

⁷⁸² Entre los ejemplos de legislaciones nacionales que tipifican el crimen de agresión, cabe citar los siguientes: Austria, Código Penal núm. 60/1974, de 23 de enero de 1974, enmendado por BGBl. I núm. 112/2015 de 13 de agosto de 2015, art. 321k; Azerbaiyán, Código Penal de 2000, arts. 100 y 101; Bangladesh, Ley de Crímenes Internacionales (Tribunales), art. 3, Ley de Crímenes Internacionales (Tribunales) núm. XIX de 1973, enmendada por la Ley de Crímenes Internacionales (Tribunales) (enmienda) núm. LV de 2009 y la Ley núm. XXI de 2012; Belarús, Código Penal, arts. 122 y 123, Ley núm. 275-Z de 9 de julio de 1999 (enmendada el 28 de abril de 2015); Bulgaria, Código Penal, arts. 408 y 409, *State Gazette*, núm. 26 de 2 de abril de 1968, enmendada por *State Gazette*, núm. 32 de 27 de abril de 2010; Croacia, Código Penal, arts. 89 y 157, *Official Gazette of the Republic of Croatia “Narodne novine”*, núm. 125/11; Cuba, Código Penal, arts. 114 y 115, Ley núm. 62 de 29 de diciembre de 1987, modificada por la Ley núm. 87 de 16 de febrero de 1999; Ecuador, Código Penal, art. 88; Estonia, Código Penal, arts. 91 y 92; Finlandia, Código Penal, Ley núm. 39/1889, enmendada por la Ley núm. 1718/2015, arts. 4 a), 4 b) y 14 a); Alemania, Código Penal, Strafgesetzbuch vom 13 November 1998 (BGBl); Luxemburgo, Código Penal, art. 136; Macedonia, Código Penal, art. 415; Malta, Código Penal, art. 82(C), Código Penal de la República de Malta (1854) (enmendado en 2004); República de Moldova, Código Penal de la República de Moldova, arts. 139 y 140, aprobado por la Ley núm. 985-XV el 18 de abril de 2002 (enmendada en 2009); Mongolia, Código Penal (2002), art. 297; Montenegro, Código Penal, art. 442, *Official Gazette of the Republic of Montenegro*, núm. 70/2003, Corrección, núm. 13/2004; Paraguay, Código Penal de la República del Paraguay, art. 271, Ley núm. 1160/97; Polonia, Código Penal, art. 17, Ley de 6 de junio de 1997; Rusia, Código Penal, Código Penal de la Federación de Rusia, arts. 353 y 354, Ley Federal núm. 64-FZ de 13 de junio de 1996 (enmendada); Samoa, Ley de Tribunales Penales Internacionales, de 2007, enmendada por la Ley 2014, § &A, núm. 23; Eslovenia, Código Penal de 2005, arts. 103 y 105; Tayikistán, Código Penal de la República de Tayikistán, arts. 395 y 396; Timor-Leste, Código Penal de la República Democrática de Timor-Leste, Decreto-ley núm. 19/2009, art. 134. Para un análisis de la cuestión, véase A. Reisinger Coracini, “National legislation on individual criminal responsibility for conduct amounting to aggression” in *International Criminal Justice: Law and Practice from the Rome Statute to Its Review National Legislation on Individual*

expresaron su posición contraria a la decisión mayoritaria de la Comisión y reservaron su posición al respecto.

19) Por otro lado, la Comisión consideró necesario incluir en el párrafo 1 del proyecto de artículo 7 los crímenes de d) *apartheid*, e) tortura y f) desapariciones forzadas como categorías autónomas de crímenes de derecho internacional respecto de los que la inmunidad no se aplica. Aunque dichos crímenes están incluidos en el artículo 7 del Estatuto de Roma bajo la categoría de crímenes de lesa humanidad⁷⁸³, la Comisión tuvo en cuenta los elementos citados a continuación para considerarlos crímenes autónomos. En primer lugar, los crímenes de *apartheid*, tortura y desapariciones forzadas han sido objeto de tratados internacionales que establecen un régimen jurídico propio de prevención, represión y sanción⁷⁸⁴ que impone a los Estados obligaciones específicas de adoptar ciertas medidas en sus ordenamientos internos, incluida la obligación de tipificar dichos crímenes en la legislación nacional y adoptar las medidas necesarias para que sus tribunales sean competentes para enjuiciar este tipo de crímenes⁷⁸⁵. A eso se ha de añadir el hecho de que los tratados en cuestión establecen sistemas de cooperación y asistencia jurídica internacional que opera de manera horizontal entre los Estados⁷⁸⁶. En segundo lugar, la Comisión tuvo igualmente en cuenta que los crímenes de *apartheid*, tortura y desapariciones forzadas estaban sometidos en el Estatuto de Roma a un umbral específico que se define como la comisión de dichos crímenes como “parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”⁷⁸⁷, que, sin embargo, no existía en los instrumentos que se referían específicamente a esos crímenes. En tercer lugar, la Comisión tuvo en cuenta que los tratados contra la tortura y las desapariciones forzadas establecían expresamente que esos actos solo podían ser cometidos por funcionarios del Estado o bajo su instigación, apoyo o tolerancia⁷⁸⁸. Además, la Comisión tuvo en cuenta que, en un buen número de casos, cuando los tribunales nacionales se han ocupado de estos crímenes en relación con la inmunidad lo han hecho por referencia a los mismos en tanto que crímenes autónomos. El tratamiento dado a la tortura constituye un buen ejemplo de ello⁷⁸⁹. No obstante, algunos miembros señalaron que la inclusión de esos crímenes en el proyecto de artículo 7 no encontraba muchos elementos

Responsibility for Conduct Amounting to Aggression, R. Bellelli (ed.) (Abingdon y Nueva York, Routledge, 2016).

⁷⁸³ Estatuto de Roma, art. 7, párr. 1, apartados j), f) e i), respectivamente.

⁷⁸⁴ Véanse la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid* (Nueva York, 30 de noviembre de 1973), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1015, núm. 14861, pág. 243; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984), *ibid.*, vol. 1465, núm. 24841, pág. 85 (en adelante, “Convención contra la Tortura”); y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (Nueva York, 20 de diciembre de 2006), *ibid.*, vol. 2716, núm. 48088, pág. 3.

⁷⁸⁵ Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, art. IV; Convención contra la Tortura, arts. 4, 5 y 6; y Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, arts. 4, 6 y 9.

⁷⁸⁶ Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, art. XI; Convención contra la Tortura, arts. 6 a 9; y Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, arts. 10, 11, 13 y 14.

⁷⁸⁷ Estatuto de Roma, art. 7, párr. 1. La definición de dicho umbral se contiene en el artículo 7, párrafo 2, apartado a).

⁷⁸⁸ Convención contra la Tortura, art. 1, párr. 1; y Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 2.

⁷⁸⁹ Así ha sucedido, por ejemplo, en el caso del Reino Unido, donde todos los casos relativos a la inmunidad de jurisdicción *ratione materiae* en que suscitaba la no aplicabilidad de dicha inmunidad en relación con los actos de tortura han tenido como base la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Véanse los asuntos *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte* (No. 3), Cámara de los Lores del Reino Unido, 24 de marzo de 1999 (véase la nota 762 *supra*); y *FF v. Director of Public Prosecutions* (caso Príncipe Nasser), High Court of Justice Queen’s Bench Division Divisional Court, sentencia de 7 de octubre de 2014 (véase la nota 762 *supra*). La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes ha sido la base también de un asunto relacionado con la inmunidad de jurisdicción civil: *Jones v. Saudi Arabia*, Cámara de los Lores, sentencia de 14 de junio de 2006 (véase la nota 762 *supra*).

que lo sustentaran en la práctica, la jurisprudencia nacional e internacional o la legislación nacional.

20) Aunque algunos miembros de la Comisión sugirieron que se incluyeran en la lista otros crímenes, como la esclavitud, el terrorismo, la trata de seres humanos, la prostitución y la pornografía infantil o la piratería, que también eran objeto de tratados internacionales que establecían regímenes jurídicos especiales para cada crimen a efectos de su prevención, supresión y sanción, la Comisión decidió no incluirlos. Para ello tuvo en cuenta que los citados crímenes o se consideraban ya incluidos en los crímenes de lesa humanidad o no se correspondían plenamente con la categoría de crímenes de derecho internacional entendida en sentido estricto, siendo más correcto calificarlos en la mayoría de los casos como crímenes transnacionales. Además, se tuvo en cuenta que dichos crímenes se cometían habitualmente por actores no estatales y no encontraban reflejo en la práctica judicial nacional relativa a la inmunidad de jurisdicción. En todo caso, la no inclusión de otros crímenes internacionales en el proyecto de artículo 7 no puede entenderse como una minusvaloración de la gravedad de esos crímenes por parte de la Comisión.

21) Por último, ha de señalarse que la Comisión no incluyó en el párrafo 1 del proyecto de artículo 7 los crímenes de corrupción ni los crímenes afectados por la denominada “excepción territorial” que habían sido propuestos por la Relatora Especial⁷⁹⁰. Ello no significa, sin embargo, que la Comisión entienda que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera *ratione materiae* se aplique respecto de esas dos categorías de crímenes.

22) Por lo que se refiere a la corrupción (entendida como “gran corrupción”), varios miembros de la Comisión señalaron que los crímenes de corrupción revestían una especial gravedad, ya que afectaban de manera directa a los intereses del Estado y a su estabilidad, al bienestar de su población e incluso a las relaciones internacionales. En consecuencia, dichos miembros se manifestaron a favor de incluir una excepción a la inmunidad *ratione materiae*. Por su parte, otros miembros de la Comisión pusieron de manifiesto que, aunque la gravedad de la corrupción no se podía poner en cuestión, su inclusión en el proyecto de artículo 7 planteaba problemas, vinculados esencialmente a la generalidad del término “corrupción” y la pluralidad de actos que se podían incluir en dicha categoría, así como por el hecho de que, a su juicio, la práctica convencional y jurisprudencial no ofrecía cobertura suficiente para incluir ese tipo de crímenes entre los límites y excepciones a la inmunidad. Otros miembros cuestionaron si la corrupción cumplía el requisito de gravedad de otros crímenes enumerados en el proyecto de artículo 7. Por último, varios miembros de la Comisión señalaron que la corrupción no podía ser considerada en ningún caso un acto realizado a título oficial y que, por tanto, no era necesario incluirla entre los crímenes respecto de los cuales la inmunidad no se aplica.

23) Teniendo especialmente en cuenta este último argumento, la Comisión decidió no incluir en el proyecto de artículo 7 los crímenes de corrupción, por entender que no constituían “actos realizados a título oficial”, pues se trataba de actos que eran realizados por un funcionario del Estado con la única finalidad de obtener un beneficio propio⁷⁹¹. Aunque varios miembros de la Comisión señalaron que la participación de funcionarios del Estado en ese tipo de actos no podía ser ignorada, ya que era precisamente su condición de funcionarios la que facilitaba y hacía posible la comisión del crimen de corrupción, algunos miembros de la Comisión entendieron que el hecho de que un funcionario cometiera un crimen de corrupción no cambiaba la naturaleza del acto, que seguía siendo un acto realizado en beneficio propio aunque para ello se utilizasen las estructuras del Estado y de ello se pudiera derivar una apariencia de oficialidad. En consecuencia, dado que el crimen de corrupción no cumplía con el elemento normativo contenido en el proyecto de artículo 6, párrafo 1, varios miembros de la Comisión entendieron que la inmunidad de jurisdicción

⁷⁹⁰ Véase el quinto informe de la Relatora Especial sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado (A/CN.4/701), párrs. 225 a 234.

⁷⁹¹ En este mismo sentido, véanse los párrafos 3) y 5) del comentario al proyecto de artículo 2, apartado f), dedicado a la definición del “acto realizado a título oficial”, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/71/10)*, págs. 381 y 382.

ratione materiae no existía en relación con el mismo y por ello no era necesario incluirlo en la lista de crímenes respecto de los que la inmunidad no se aplica⁷⁹².

24) La Comisión también examinó el caso de otros crímenes cometidos por un funcionario extranjero en el territorio del Estado del foro sin que dicho Estado haya consentido en su presencia en el territorio ni tampoco en la actividad realizada por el mismo que ha dado lugar a la comisión del crimen (excepción territorial). Este supuesto presenta perfiles muy diferentes a los crímenes de derecho internacional que se han incluido en el párrafo 1 del proyecto de artículo 7, así como respecto del crimen de corrupción. Aunque se señaló que en esas circunstancias podría existir inmunidad y que la excepción no debería incluirse en el proyecto de artículo 7 porque no existía suficiente práctica que lo avalase, la Comisión entendió que las razones para no incluir ese supuesto en el citado proyecto de artículo eran otras. Así, la Comisión considera que determinados crímenes⁷⁹³, como el asesinato, el espionaje, el sabotaje o el secuestro, cometidos en el territorio de un Estado en las circunstancias antes indicadas están sometidos al principio de soberanía territorial y que respecto de los mismos no nace una inmunidad de jurisdicción *ratione materiae*, por lo que no es necesario incluirlos en la lista de crímenes a los que esa categoría de inmunidad no se aplica. Ello se entiende sin perjuicio de la inmunidad de jurisdicción penal derivada de reglas especiales de derecho internacional, de conformidad con lo establecido en el proyecto de artículo 1, párrafo 2.

Párrafo 2 y anexo

25) El párrafo 2 del proyecto de artículo 7 establece un vínculo entre el párrafo 1 del mismo artículo y el anexo del proyecto de artículos, titulado “Lista de los tratados a que se hace referencia en el proyecto de artículo 7, párrafo 2”. Aunque el concepto de “crímenes de derecho internacional” y los conceptos de “crimen de genocidio”, “crímenes de lesa humanidad”, “crímenes de guerra”, “crimen de *apartheid*”, “tortura” y “desapariciones forzadas” forman parte de las categorías bien establecidas en el derecho internacional contemporáneo, la Comisión tuvo en cuenta que el hecho de que el artículo 7 se refiriese a “crímenes” exigía que se preservase el principio de seguridad jurídica característico del derecho penal y que se ofrecieran instrumentos que evitasen la subjetividad a la hora de identificar qué se entendía por cada uno de los crímenes antes mencionados.

26) No obstante, la Comisión no consideró necesario definir qué se entendía por crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, crimen de *apartheid*, tortura y desapariciones forzadas, pues ello no formaba parte de su mandato en el marco del presente proyecto de artículos. Por el contrario, la Comisión consideró que era preferible realizar un simple ejercicio de identificación de aquellos instrumentos convencionales que definen las categorías antes mencionadas, a fin de incluirlos en una lista que permitiese a los operadores jurídicos actuar con mayor seguridad si tuviesen que aplicar el proyecto de artículo 7. El resultado de dicho ejercicio es la lista contenida en el anexo del proyecto de artículos.

27) Como se indica en el párrafo 2 del proyecto de artículo 7, la vinculación de cada crimen con los tratados enumerados en el anexo se produce únicamente a los efectos del proyecto de artículo 7 sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, a fin de identificar las definiciones de los crímenes enumerados en el párrafo 1 de dicho artículo, sin prejuzgar ni condicionar que los Estados sean o no partes en dichos instrumentos.

28) Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que la inclusión en la lista de determinados tratados no tiene efecto alguno en la naturaleza consuetudinaria de estos crímenes reconocida por el derecho internacional, ni tampoco en las obligaciones específicas que se puedan derivar de dichos tratados para los Estados partes. De la misma manera, la inclusión exclusiva de algunos de los tratados que definen los crímenes en cuestión tampoco tiene efecto sobre otros tratados que definen o regulan los mismos crímenes, cuyas definiciones y

⁷⁹² *Ibid.*, párr. 13, págs. 385 y 386.

⁷⁹³ En referencia a una excepción en el contexto de la inmunidad del Estado, véase *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening)* (véase la nota 765 *supra*).

regímenes jurídicos siguen intactos para los Estados partes a los efectos de la aplicación de dichos tratados. En conclusión, la remisión a un tratado específico a los efectos de definir cada uno de los crímenes enunciados en el párrafo 1 del proyecto de artículo 7 se realiza por razones de oportunidad y conveniencia y únicamente a los fines del proyecto de artículo 7, y no afecta en modo alguno a las restantes normas de derecho internacional, consuetudinarias o convencionales que se refieren a dichos crímenes y que contienen regímenes jurídicos de alcance general respecto de cada uno de ellos.

29) La elección de los tratados cuyos artículos se incluyen en el anexo a efectos de la definición de los crímenes de derecho internacional se realizó teniendo en cuenta tres criterios básicos: a) la voluntad de evitar posibles confusiones cuando varios tratados utilizan diferente terminología para definir un mismo crimen; b) que el tratado incluido en la lista sea de ámbito universal; y c) que el tratado en cuestión contenga la definición más actualizada de dicho crimen ofrecida por normas convencionales.

30) El genocidio fue definido por primera vez en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio⁷⁹⁴, y su tipificación se ha mantenido constante en el derecho penal internacional contemporáneo, debiéndose destacar el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia (art. 4)⁷⁹⁵ y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda (art. 2)⁷⁹⁶ y, de modo especial, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que, en su artículo 6, recoge la definición contenida en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Por su parte, la Comisión definió el genocidio en el artículo 17 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996⁷⁹⁷. A los efectos del presente proyecto de artículos, la Comisión incluyó en el anexo tanto el Estatuto de Roma (art. 6) como la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (art. II), dada la práctica identidad y significado de los términos empleados por ambos instrumentos.

31) Por lo que se refiere a los crímenes de lesa humanidad, ha de recordarse que algunos tratados internacionales han calificado ciertos comportamientos de “crímenes de lesa humanidad”⁷⁹⁸ y que los tribunales internacionales se han pronunciado sobre el carácter consuetudinario de esa categoría de crímenes. El Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia (art. 5) y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda (art. 3) también han definido ese crimen. La propia Comisión definió esta categoría de crímenes en el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996 (art. 18)⁷⁹⁹. Sin embargo, es el Estatuto de Roma el instrumento en que por primera vez se define esta categoría de crímenes de forma integral y autónoma. Por esta razón, la Comisión consideró que el artículo 7 del Estatuto de Roma debía ser entendido como la definición de los crímenes de lesa humanidad a los efectos del presente proyecto de artículo. Esa decisión es coherente con la adoptada con anterioridad por la Comisión en relación con el proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad, que, en su proyecto de artículo 3, reproduce la definición de esta categoría de crímenes contenida en el artículo 7 del Estatuto de Roma⁸⁰⁰.

32) El concepto de crímenes de guerra tiene una larga tradición que se vincula originalmente a los tratados de derecho internacional humanitario. Así, los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la Protección de las Víctimas de la Guerra y el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo Adicional I) definen dicha categoría de crímenes bajo la denominación de “infracciones

⁷⁹⁴ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (París, 9 de diciembre de 1948), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 78, núm. 1021, pág. 277, art. II.

⁷⁹⁵ Resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad, anexo.

⁷⁹⁶ Resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad, anexo.

⁷⁹⁷ *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), pág. 48.

⁷⁹⁸ Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, art. I; y Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, párrafo quinto del preámbulo.

⁷⁹⁹ *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), pág. 51.

⁸⁰⁰ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/70/10)*, págs. 61 a 63, artículo 3 y párrafo 3) del comentario a dicho artículo.

graves⁸⁰¹. Los crímenes de guerra fueron definidos también en el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia (arts. 2 y 3) y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda (art. 4), así como por la propia Comisión en el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996 (art. 20)⁸⁰². La última definición de los crímenes de guerra figura en el artículo 8, párrafo 2, del Estatuto de Roma, que recoge las experiencias previas y se refiere de forma amplia a los crímenes de guerra cometidos tanto en un conflicto armado internacional como en un conflicto armado interno, así como a los crímenes de base convencional y de base consuetudinaria. A los efectos del presente proyecto de artículo, la Comisión decidió retener la definición contenida en el artículo 8, párrafo 2, del Estatuto de Roma, por considerarla la versión más actualizada de la definición de esta categoría de crímenes. Dicha decisión no implica, sin embargo, ignorar el lugar destacado que los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I ocupan en relación con la definición de lo que ha de entenderse como crímenes de guerra.

33) El crimen de *apartheid* fue definido por primera vez en la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, de 30 de noviembre de 1973, que, aunque lo califica de crimen contra la humanidad y crimen de derecho internacional (art. I), contiene una definición autónoma y detallada del crimen de *apartheid* (art. II). Por esta razón, la Comisión decidió retener la definición de la Convención de 1973 a los efectos del presente proyecto de artículo.

34) La tortura se define como una violación de derechos humanos en todos los instrumentos internacionales en la materia. Su calificación como conducta prohibida que debe dar lugar a represión penal se recoge por primera vez en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984, que la define como un crimen autónomo en su artículo 1, párrafo 1. Dicha definición incorpora, además, el elemento significativo de que la calificación de un acto como tortura exige que este sea realizado por funcionarios públicos o por instigación o consentimiento de funcionarios públicos, lo que sitúa a ese crimen en relación directa con el tema objeto del presente proyecto de artículos. Una definición similar figura en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (arts. 2 y 3)⁸⁰³. La Comisión considera que, a los efectos del presente proyecto de artículo, la tortura ha de entenderse conforme a la definición que de la misma da la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

35) Las desapariciones forzadas de personas se definieron por primera vez en la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, de 9 de junio de 1994 (art. II)⁸⁰⁴. Por su parte, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 20 de diciembre de 2006, define igualmente este crimen (art. 2). Al igual que en el caso de la tortura, la definición de este crimen exige que sea realizado por funcionarios públicos o por instigación o consentimiento de funcionarios públicos, lo que lo sitúa en relación directa con el tema objeto del presente proyecto de artículos. Por ello, la Comisión considera que, a los efectos del presente proyecto de artículo, la definición de desapariciones forzadas debe entenderse conforme a lo establecido en el artículo 2 de la Convención de 2006.

⁸⁰¹ Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña (Convenio I), art. 50; Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar (Convenio II), art. 51; Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra (Convenio III), art. 130; Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (Convenio IV), art. 147 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 75, núms. 970 a 973); Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo Adicional I) (Ginebra, 8 de junio de 1977), art. 85 (*ibid.*, vol. 1125, núm. 17512, pág. 3).

⁸⁰² *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), págs. 57 y 58.

⁸⁰³ Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Cartagena de Indias, Colombia, 9 de diciembre de 1985), Organización de los Estados Americanos, *Serie sobre Tratados*, núm. 67.

⁸⁰⁴ Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas (Belém do Pará, Brasil, 9 de junio de 1994), Organización de los Estados Americanos, *Documentos Oficiales*, OEA/Ser.A/55.

Capítulo VIII

Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)

A. Introducción

142. En su 67º período de sesiones (2015), la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema “*Ius cogens*” y nombrar Relator Especial al Sr. Dire D. Tladi⁸⁰⁵. Posteriormente, la Asamblea General, en su resolución 70/236, de 23 de diciembre de 2015, tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo.

143. En su 68º período de sesiones (2016), la Comisión tuvo ante sí el primer informe del Relator Especial⁸⁰⁶, en el que se abordaban cuestiones conceptuales y se planteaban varias cuestiones metodológicas, entre ellas si, en el marco de su examen del tema, la Comisión debía elaborar una lista ilustrativa de normas de *ius cogens*. En el informe también se expusieron los fundamentos históricos y teóricos del *ius cogens*.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

144. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/706), en el que se trataban de establecer los criterios para la identificación de las normas imperativas (*ius cogens*), tomando la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (en lo sucesivo, la “Convención de Viena de 1969”) como punto de partida para determinar dichos criterios. Sobre la base de su análisis, el Relator Especial propuso seis proyectos de conclusión⁸⁰⁷. El Relator Especial propuso además que la Comisión cambiara el nombre del tema, de “*Ius cogens*” a “Normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*)”.

145. La Comisión examinó el segundo informe en sus sesiones 3368ª a 3370ª y 3372ª a 3374ª, celebradas del 3 al 5 y del 11 al 13 de julio de 2017.

146. En su 3374ª sesión, celebrada el 13 de julio de 2017, la Comisión remitió al Comité de Redacción los proyectos de conclusión 4 a 9⁸⁰⁸ que figuraban en el segundo informe del

⁸⁰⁵ En su 3257ª sesión, celebrada el 27 de mayo de 2015 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/70/10)*), párr. 286). El tema había sido incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión en su 66º período de sesiones (2014), con arreglo a la propuesta que figuraba en el anexo del informe de la Comisión (*ibid.*, *sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10)*), párr. 23).

⁸⁰⁶ A/CN.4/693.

⁸⁰⁷ Véase el segundo informe sobre el *ius cogens* (A/CN.4/706): proyecto de conclusión 4 (Criterios relativos al *ius cogens*); proyecto de conclusión 5 (Normas de *ius cogens* como normas de derecho internacional general); proyecto de conclusión 6 (Aceptación y reconocimiento como criterio para la identificación del *ius cogens*); proyecto de conclusión 7 (Comunidad internacional de Estados en su conjunto); proyecto de conclusión 8 (Aceptación y reconocimiento); y proyecto de conclusión 9 (Prueba de la aceptación y el reconocimiento).

⁸⁰⁸ El texto de los proyectos de conclusión 4 a 9 propuestos por el Relator Especial en su segundo informe dice así:

Proyecto de conclusión 4
Criterios relativos al *ius cogens*

Para identificar una norma como norma de *ius cogens* es necesario demostrar que la norma en cuestión cumple dos criterios:

- a) debe ser una norma de derecho internacional general; y
- b) debe ser aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma inderogable.

Proyecto de conclusión 5**Normas de *ius cogens* como normas de derecho internacional general**

1. Una norma de derecho internacional general es aquella que tiene un ámbito de aplicación general.
2. El derecho internacional consuetudinario es la base más común para la formación de las normas de *ius cogens* del derecho internacional.
3. Los principios generales del derecho, en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, también pueden servir de base para las normas de *ius cogens* del derecho internacional.
4. Una norma establecida en un tratado puede reflejar una norma de derecho internacional general capaz de adquirir la categoría de norma de *ius cogens* del derecho internacional general.

Proyecto de conclusión 6**Aceptación y reconocimiento como criterio para la identificación del *ius cogens***

1. Una norma de derecho internacional general es considerada norma de *ius cogens* cuando es aceptada y reconocida como norma inderogable.
2. El requisito de que una norma sea aceptada y reconocida como norma inderogable exige considerar la opinión de la comunidad internacional de Estados en su conjunto.

Proyecto de conclusión 7**Comunidad internacional de Estados en su conjunto**

1. La aceptación y el reconocimiento de la comunidad de Estados en su conjunto es el elemento pertinente para la identificación de las normas de *ius cogens*. Por consiguiente, lo pertinente es la actitud de los Estados.
2. Si bien las actitudes de los agentes distintos de los Estados pueden ser pertinentes al evaluar la aceptación y el reconocimiento de la comunidad internacional de Estados en su conjunto, no pueden, por sí mismas, constituir aceptación y reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Las actitudes de otros agentes pueden ser pertinentes, permitiendo establecer un contexto y evaluar las actitudes de los Estados.
3. La aceptación y el reconocimiento por una gran mayoría de Estados son suficientes para la identificación de una norma como norma de *ius cogens*. No se requieren la aceptación y el reconocimiento por todos los Estados.

Proyecto de conclusión 8**Aceptación y reconocimiento**

1. El requisito de la aceptación y el reconocimiento como criterio relativo al *ius cogens* es distinto de la aceptación como derecho a los efectos de la identificación del derecho internacional consuetudinario. También es distinto del requisito del reconocimiento a los efectos de los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.
2. El requisito de la aceptación y el reconocimiento como criterio relativo al *ius cogens* significa que debe proporcionarse la prueba de que, además de ser aceptada como derecho, la norma en cuestión es aceptada por los Estados como norma inderogable.

Proyecto de conclusión 9**Prueba de la aceptación y el reconocimiento**

1. La prueba de la aceptación y el reconocimiento de que una norma de derecho internacional general es una norma de *ius cogens* puede reflejarse en una variedad de materiales y puede adoptar diversas formas.
2. Los siguientes materiales pueden constituir prueba de la aceptación y el reconocimiento de que una norma de derecho internacional general ha adquirido la categoría de *ius cogens*: los tratados, las resoluciones aprobadas por organizaciones internacionales, las declaraciones públicas hechas en nombre de Estados, las publicaciones oficiales, los dictámenes jurídicos gubernamentales, la correspondencia diplomática y las decisiones de los tribunales nacionales.
3. Las sentencias y decisiones de los tribunales y cortes internacionales también pueden servir de prueba de la aceptación y el reconocimiento a los efectos de determinar que una norma es norma de *ius cogens* del derecho internacional.
4. Otros materiales, como la labor de la Comisión de Derecho Internacional, la labor de los órganos de expertos y la doctrina, pueden constituir un medio secundario para identificar las normas de derecho internacional inderogables. Estos materiales también pueden ayudar a evaluar la entidad de los materiales principales.

Relator Especial. En la misma sesión, la Comisión decidió cambiar el título del tema de “*Ius cogens*” a “Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)”.

147. En su 3382ª sesión, celebrada el 26 de julio de 2017, el Presidente del Comité de Redacción presentó un informe provisional del Comité sobre las “Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)” en el que figuraban los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente en el 69º período de sesiones. El informe se presentó únicamente a título informativo y puede consultarse en el sitio web de la Comisión⁸⁰⁹.

1. Presentación del segundo informe por el Relator Especial

148. El Relator Especial indicó que su segundo informe constaba de tres secciones sustantivas: la sección II, sobre el examen anterior del tema, la sección III, sobre los criterios relativos al *ius cogens*, y la sección IV, con propuestas.

149. En la sección II, relativa al examen anterior del tema, el Relator Especial señaló que los tres Estados que habían criticado inicialmente el tema habían mantenido sus críticas, mientras que la inmensa mayoría de los Estados que habían intervenido en relación con él habían seguido manteniendo su apoyo⁸¹⁰. Destacó, además, que había un consenso general sobre la necesidad de cambiar el nombre del tema. Recordó también que, si bien la Comisión había decidido no remitir al Comité de Redacción el proyecto de conclusión 2 propuesto en su primer informe, él tenía la intención de volver a presentar la propuesta en un futuro informe. Observó asimismo que el proyecto de conclusión que provocaba la mayor división de opiniones, tanto en la Comisión de Derecho Internacional como en la Sexta Comisión, era el proyecto de conclusión 3, en particular su párrafo 2, que enunciaba tres características básicas de las normas de *ius cogens*, a saber, que esas normas protegen los valores fundamentales de la comunidad internacional, que son jerárquicamente superiores a otras normas y que son universalmente aplicables.

150. El Relator Especial recordó su intención de estudiar la posibilidad de elaborar una lista ilustrativa de las normas de *ius cogens* y subrayó que haría una propuesta firme en ese sentido en un futuro informe sobre cuestiones varias, invitando a los miembros de la Comisión a que le hicieran llegar sus opiniones al respecto.

151. La sección III del informe se refiere a los criterios para la identificación del *ius cogens*, tomando el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 como base de esos criterios, en consonancia con las opiniones expresadas por los Estados, así como con la práctica estatal, las decisiones de las cortes y tribunales internacionales, la doctrina y el examen del *ius cogens* en relación con el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 realizado anteriormente por la propia Comisión, sin limitar el alcance del tema al derecho de los tratados.

152. En ese sentido, el Relator Especial destacó que el artículo 53 contenía dos criterios acumulativos, a saber, que la norma en cuestión debe ser una norma de derecho internacional general, y que debe ser aceptada y reconocida como norma inderogable. Si bien existían otras formas de abordar la definición, el Relator Especial consideró que debía mantenerse ese enfoque basado en dos criterios, y así lo reflejó en la propuesta de proyecto de conclusión 4, que reproduce el primer criterio en el párrafo a) y el segundo en el b).

153. En el informe se pasaba a evaluar el contenido del primer criterio, que se abordaba en la propuesta de proyecto de conclusión 5 sobre las “Normas de *ius cogens* como normas de derecho internacional general”. El Relator Especial indicó que no consideraba necesario dedicar un proyecto de conclusión a detallar la relación entre el derecho internacional consuetudinario y el *ius cogens* y que el párrafo 2 del proyecto de conclusión propuesto era suficiente a ese respecto. Añadió que, si bien el papel del derecho internacional consuetudinario en la identificación del *ius cogens* estaba bastante bien establecido, la posibilidad de recurrir a otras fuentes del derecho internacional no lo estaba tanto. Señaló que había fundamentos para sostener que los principios generales del derecho podían ser una base del *ius cogens*. Ello se desprendía claramente, no solo de la práctica, sino también

⁸⁰⁹ <http://legal.un.org/ilc>.

⁸¹⁰ Véase A/CN.4/706, párrs. 10 y 12.

de los antecedentes de la elaboración del artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados⁸¹¹, así como del hecho de que el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 incluyera claramente los principios generales del derecho. Dada la escasez de la práctica disponible, el Relator Especial había considerado, no obstante, conveniente incluir esos principios generales del derecho como base del *ius cogens*, si bien en términos menos absolutos que el derecho internacional consuetudinario.

154. En cuanto a los tratados, el Relator Especial recordó que, si bien se aceptaba en general que los tratados no constituían en sí mismos una norma de derecho internacional general, una norma convencional podía reflejar una norma de derecho internacional general.

155. El Relator Especial observó a continuación que el segundo criterio, es decir, que la norma en cuestión “debe ser aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma inderogable”, al que se hacía referencia en los proyectos de conclusión 6 a 9, constaba de varios elementos: el primero relativo al requisito principal de la aceptación y el reconocimiento; el segundo a quiénes reconocían y aceptaban la norma o lo que ello implicaba; y el tercero a lo que se aceptaba y reconocía.

156. Habida cuenta de que el proyecto de conclusión 6 establecía el contexto general del segundo criterio, el Relator Especial explicó que tenía un doble propósito: por una parte, indicaba que la determinación de que una norma era de derecho internacional general no bastaba para que tuviera la condición de *ius cogens* y, por otra, establecía que lo pertinente para el segundo criterio era la aceptación y el reconocimiento de la comunidad internacional de Estados en su conjunto.

157. El Relator Especial señaló que el proyecto de conclusión 7 se refería a la cuestión de la aceptación y el reconocimiento de los criterios y destacó el particular interés que revestían a ese respecto tanto los antecedentes de la redacción del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 como la práctica de los Estados. También destacó que, si bien en el párrafo 2 se ponía de relieve la función esencial de los Estados como comunidad, la expresión “comunidad internacional de Estados en su conjunto” tenía por objeto indicar que habían de considerarse las opiniones de los Estados tomados en su conjunto, y no las distintas actitudes individuales. El párrafo 2 del proyecto de conclusión 7 también pretendía reflejar el delicado equilibrio alcanzado cuando la Comisión había reconocido anteriormente el papel central de los Estados sin negar la posible influencia que otras entidades podían tener en la identificación del derecho.

158. El proyecto de conclusión 8 se refiere al contenido de la aceptación y el reconocimiento por la comunidad internacional en su conjunto. En opinión del Relator Especial, para que una norma tuviera la condición de *ius cogens* no bastaba con que únicamente fuera aceptada y reconocida como norma que gozaba de una determinada cualidad, a saber, la inderogabilidad (*opinio iuris cogentis*); como en el caso del derecho internacional consuetudinario, era igualmente importante proporcionar la prueba de esa aceptación y ese reconocimiento.

159. Por tanto, el proyecto de conclusión 9 tenía por objeto abordar la naturaleza de los materiales que podían ofrecerse como prueba. El Relator Especial recordó que, si bien, en la mayoría de los casos, esos materiales en la práctica eran similares a los que solían aportarse como prueba de la aceptación como derecho en el derecho internacional consuetudinario, su contenido era diferente.

160. De acuerdo con el debate mantenido en la Comisión durante su 68º período de sesiones, el Relator Especial había propuesto, en el párrafo 90 de su informe, que se cambiara el nombre del tema de “*Ius cogens*” a “Normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*)”. No obstante, posteriormente observó que su propuesta no cumpliría la exigencia de coherencia con el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 y, en consecuencia, revisó su propuesta para cambiar el título del tema a “Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)”.

⁸¹¹ El proyecto de artículos aprobado por la Comisión con los comentarios se reproducen en *Anuario...*, 1966, vol. II, documento A/6309/Rev.1, págs. 177 y ss.

161. En relación con el futuro programa de trabajo, el Relator Especial preveía que en 2018 la Comisión examinaría, posiblemente en dos informes, los efectos o consecuencias del *ius cogens*, en términos generales y en el derecho de los tratados y otras ramas del derecho internacional. El cuarto informe, que se publicaría en 2019, se ocuparía de las cuestiones que quedaran pendientes y de las propuestas relativas a una lista ilustrativa de normas de *ius cogens*.

2. Resumen del debate

a) Comentarios generales

162. En general, los miembros acogieron favorablemente el segundo informe del Relator Especial. Se destacó que el informe mantenía un equilibrio entre la “flexibilidad de la identificación” y “la naturaleza consensual del derecho internacional”. Aunque la mayoría de los miembros destacaron la necesidad de aclarar un concepto difícil y complejo, algunos recordaron el escepticismo expresado por los Estados miembros con respecto al tema del *ius cogens*.

163. Si bien, en general, se apoyó la decisión del Relator Especial de tomar el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 como punto de partida para determinar los criterios relativos al *ius cogens*, se recordó que el concepto de *ius cogens* podía no abarcar todos los aspectos que la Comisión debía examinar. Se señaló que el tema se remontaba a siglos antes de la Convención de Viena de 1969, como el propio Relator Especial había confirmado en su primer informe. También se dijo que la Comisión debería reevaluar de manera crítica si deseaba basar los criterios para la determinación de las normas que habían alcanzado carácter imperativo en el derecho internacional únicamente en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, ya que ello supondría adoptar una concepción del *ius cogens* firmemente basada en el consentimiento, cuando uno de los propósitos del *ius cogens* era precisamente fijar límites a lo que los Estados podían consentir o decidir no aplicar. Asimismo, se observó que, además de al derecho de los tratados, las normas de *ius cogens* se aplicaban a instrumentos no convencionales y a otras ramas del derecho, como el derecho sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

164. Se convino en el argumento del Relator Especial de que el derecho internacional consuetudinario era la base más común para la formación de las normas de *ius cogens*, mientras que hubo cierta discrepancia respecto de la opinión del Relator Especial de que las normas convencionales no debían considerarse, como tales, fuente ni base de las normas de *ius cogens*. También se señaló que, para que una norma fuera de *ius cogens*, debía haberse desarrollado en grado suficiente en las tres fuentes del derecho, es decir, la costumbre, los tratados y los principios generales del derecho.

165. Si bien la mayoría de los miembros convinieron con el Relator Especial en que el elemento de modificación mencionado en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 no podía ser un criterio, algunos expresaron su desacuerdo a ese respecto. También se afirmó que la primera oración del artículo 53 debía insertarse como criterio.

166. Varios miembros apoyaron los criterios propuestos por el Relator Especial para la identificación del *ius cogens*. Algunos miembros estimaron que las características recogidas en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 3 (los valores fundamentales, la superioridad jerárquica y la aplicación universal) constituían elementos básicos evidentes y pidieron que se incluyeran entre los criterios de identificación. Se afirmó que era necesario recoger el carácter de *ius cogens* como protector de los valores fundamentales entre los criterios de identificación. En cambio, según otra opinión, esas características podían abordarse en el comentario. También se señaló que el informe no contenía ejemplos concretos sobre la formación e identificación del *ius cogens*. No obstante, otros miembros se mostraron satisfechos por la cantidad de práctica identificada para apoyar las conclusiones del Relator Especial.

167. Muchos miembros compartieron la opinión del Relator Especial sobre la importancia de los valores fundamentales y señalaron, por ejemplo, que el *ius cogens* era “una forma de defender ‘los valores fundamentales de la comunidad internacional’”, valores que debían respetarse en todo momento; que el *ius cogens* se derivaba del

fundamento constitucional de la comunidad internacional, que tenía “valores comunes básicos”; que el carácter imperativo de una norma de *ius cogens* dimanaba de su aceptación como reflejo de valores fundamentales; o que las opiniones del Relator Especial eran coherentes con la posición anteriormente adoptada por la Comisión en su labor sobre el derecho de los tratados, la responsabilidad del Estado y la fragmentación del derecho internacional.

168. Otros miembros dijeron que era necesario aclarar el sentido de la expresión “valores fundamentales”, y que el concepto aún no había sido aceptado claramente por las cortes y tribunales nacionales e internacionales de índole general, sin opiniones en contra. También se observó que el derecho internacional estaba anclado en una multiplicidad de sistemas de valores y que no había, en principio, valores uniformes en la comunidad internacional. Algunos miembros pidieron una definición de los valores fundamentales en el derecho internacional y señalaron que el Relator Especial no debía hablar indistintamente de “proteger” y “reflejar” los valores fundamentales del derecho internacional. Se dijo, en particular, que era preferible utilizar tanto “proteger” como “reflejar” al referirse a los valores fundamentales.

169. Se apoyó la inclusión de la relación entre los valores fundamentales y el *ius cogens* como la característica distintiva de las normas de *ius cogens* en el derecho internacional.

170. La mayoría de los miembros suscribieron el enfoque del Relator Especial en relación con el derecho internacional general como primer criterio. Algunos cuestionaron la ausencia de una definición del concepto de “derecho internacional general” en su informe. Se observó que la referencia a la superioridad jerárquica de las normas de *ius cogens* era más una consecuencia que una característica de una norma de *ius cogens* y que la cuestión de la jerarquía planteaba cuestiones importantes sobre los “efectos de la jerarquía” en las fuentes del derecho internacional, como los principios generales y el derecho internacional consuetudinario. También se observó que el primer criterio era solo una condición previa para que la existencia de *ius cogens* y que, por tanto, no tenía que reflejar todas las características del *ius cogens*.

171. Otros miembros recordaron además que la doctrina no era unánime sobre el concepto. También se dijo que la referencia al estudio sobre la fragmentación del derecho internacional⁸¹² era insuficiente, ya que ese estudio no se pronunciaba sobre una definición del derecho internacional general. Asimismo, se planteó la cuestión de si podía considerarse que las normas de los regímenes especializados, como las normas del derecho internacional humanitario, formaban parte del *ius cogens*.

172. En cuanto a las bases del *ius cogens*, varios miembros estuvieron de acuerdo en que el derecho internacional consuetudinario era la base más común. Se señaló que las normas internacionales podían emanar de los tratados y de otras fuentes distintas de las enumeradas en el Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, como resoluciones de organizaciones internacionales. Se expresó cierta preocupación por el hecho de que el Relator Especial distinguiera entre derecho internacional general y *lex specialis*, que se consideraba que podía contribuir al derecho internacional general.

173. Hubo divergencia de opiniones con respecto a la función de los principios generales del derecho. Si bien muchos miembros aceptaban que los principios generales podían ser la base del *ius cogens*, otros recordaron que la falta de un entendimiento común de los principios generales del derecho⁸¹³ había llevado a los miembros de la Comisión a dejar de lado dichos principios cuando se redactó el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, y señalaron que, por consiguiente, la Comisión debía evitar toda referencia a los principios generales en su examen del *ius cogens*. Algunos miembros también plantearon si la práctica de los Estados respaldaba el carácter de los principios generales del derecho como base del

⁸¹² “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional elaborado por Martti Koskenniemi (A/CN.4/L.682 y Corr.1 y Add.1), proyecto de conclusiones de los trabajos del Grupo de Estudio, conclusión 20: “Aplicación de la costumbre y los principios generales del derecho”.

⁸¹³ *Anuario...*, 1963, vol. I, 684ª sesión, párr. 51.

ius cogens y pidieron ejemplos de ello. También se dijo que, si bien los principios generales del derecho podían convertirse en una norma de *ius cogens*, no todos los principios generales del derecho tenían la condición de *ius cogens*.

174. Una de las razones aducidas por algunos miembros para oponerse a la inclusión de los principios generales del derecho era que, por definición, se trataba de principios de derecho interno. A ese respecto, se observó que, una vez que esos principios del derecho interno eran reconocidos como principios generales en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, dejaban de ser simples principios del derecho interno. Se señaló además que los principios generales del derecho eran una fuente del derecho internacional.

175. Mientras que algunos miembros entendían que las normas de *ius cogens* existían independientemente de la voluntad y determinación del Estado y formaban parte del derecho natural, y alentaron al Relator Especial a seguir analizando la naturaleza del *ius cogens*, otros estuvieron de acuerdo con el planteamiento del Relator Especial de no entrar en el debate sobre la distinción entre “derecho natural” y “derecho positivo” como origen del concepto y respaldaron el enfoque de que este se abordara como se reflejaba en la práctica estatal y judicial y la doctrina.

176. Algunos miembros apoyaron el enfoque de dos etapas en que se había basado el Relator Especial para demostrar la existencia de una norma de derecho internacional general, o sea, el proceso por el cual una norma de derecho internacional consuetudinario “normal” adquiriría la categoría de norma de *ius cogens* en el derecho internacional general, y otros lo consideraron un instrumento analítico útil. Sin embargo, varios miembros señalaron que la formación del *ius cogens* no pasaba necesariamente por esas dos etapas en la práctica. Se señaló que, en algunos casos, la formación del *ius cogens* no comportaba dos etapas distintas, incluso si a veces esas etapas eran claramente discernibles. También se dijo que debían tenerse en cuenta otros criterios; por ejemplo, que la norma en cuestión debía ser de derecho internacional general, que debía ser inderogable y que solo podía ser modificada por una norma ulterior.

177. En cuanto al segundo criterio, varios miembros expresaron su desacuerdo con la opinión del Relator Especial de que la inderogabilidad no era un criterio para la identificación del *ius cogens*, sino una consecuencia de su existencia. Recordaron que el concepto de inderogabilidad determinaba qué normas se inscribían en la categoría de *ius cogens* y no se trataba simplemente de una consecuencia, de conformidad con el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969. También se dijo que una norma que, *de facto*, fuera infringida sistemáticamente por un número considerable de Estados no alcanzaría la condición de *ius cogens*, aun cuando esos Estados afirmaran otra cosa.

178. Con respecto a la jurisprudencia de las cortes y tribunales, si bien se subrayó que el Relator Especial había documentado debidamente la práctica judicial de la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales, también se señaló que normalmente los tribunales solo hablaban de normas de *ius cogens*, sin explicar qué entendían por “derecho internacional general”, “superioridad jerárquica”, “valores fundamentales”, “aceptación y reconocimiento” y “comunidad internacional en su conjunto”. Se dijo que los tribunales internacionales parecían haber despojado al concepto de *ius cogens* de su elemento determinante, es decir, su superioridad jerárquica sobre todas las demás normas. Según otro punto de vista, era incorrecto afirmar que las decisiones de las cortes y tribunales eran prueba de *ius cogens* porque existían como medio auxiliar para identificar las normas de *ius cogens*.

179. Varios miembros expresaron preocupación en relación con el examen del *ius cogens* regional y su aplicabilidad universal. Ante la falta de una indicación clara del Relator Especial de su intención de estudiar la posible no universalidad del *ius cogens*, se sugirió que por el momento no se adoptara ninguna decisión con respecto a si esas normas formaban parte del ámbito de aplicación del tema. También se quiso saber si debía entenderse que la “aplicación universal” se refería a “todos los Estados” o a “todos los sujetos de derecho internacional”. Con arreglo a otra opinión, la afirmación de la aplicación universal reflejada en el proyecto de conclusión 5, párrafo 1, era aceptable en el

entendimiento de que la cuestión de la posibilidad del *ius cogens* regional se abordaría posteriormente.

180. Recordando los anteriores intentos de la Comisión de elaborar una lista ilustrativa de las normas de *ius cogens*, la mayoría de los miembros se mostraron partidarios de preparar esa lista en el contexto del presente estudio. La lista podría incluir un anexo en el que se enumerasen normas “candidatas” a *ius cogens*. Otros, por el contrario, afirmaron que no convenía que la Comisión emprendiera la tarea de elaborar una lista ilustrativa porque ello llevaría un tiempo excesivo. En lugar de ello, se sugirió que la Comisión acordara la metodología para la identificación del *ius cogens* y las consecuencias.

b) Comentarios específicos sobre los proyectos de conclusión

i) Observaciones generales sobre la estructura de los proyectos de conclusión

181. Se hicieron diversas propuestas para combinar y simplificar los proyectos de conclusión propuestos en el segundo informe del Relator Especial con miras a que el Comité de Redacción las aceptara.

ii) Proyecto de conclusión 4

182. Si bien se expresó apoyo respecto del proyecto de conclusión 4, se cuestionó la exclusión de los valores fundamentales de los criterios normativos relativos al *ius cogens*, dado su carácter esencial. Así, se propuso incorporar el concepto como criterio normativo, manteniendo la terminología utilizada en los comentarios a los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos⁸¹⁴, a saber, “intereses vitales de la comunidad internacional” y “carácter fundamental” de las normas imperativas, evitando así la expresión “valores fundamentales”. También se sugirió que se estableciera un vínculo entre el proyecto de conclusión 4 y la descripción de los elementos que figuraba en los proyectos de conclusión 5 a 8. Se propuso además que el proyecto de conclusión 4 indicara, ya fuera mediante ajustes en el texto o una explicación en los comentarios, que la formación del *ius cogens* podía no seguir la secuencia sugerida reflejada. Otro miembro, que observó que ello podía dar lugar a una duplicación del proyecto de conclusión 3, párrafo 1, y, por tanto, tal vez no fuera realmente necesario, sugirió incluir el tercer criterio indicado en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 en el proyecto de conclusión 4, ya fuera como apartado c) o como parte del apartado b). También se propuso, por una parte, que la norma en cuestión fuera de derecho internacional general y, por otra, que se tuvieran en cuenta cuatro criterios: normas de derecho internacional general, aceptación y reconocimiento de la comunidad internacional, inderogabilidad y modificación únicamente por una norma ulterior. Se sugirió fusionar los dos últimos criterios.

iii) Proyecto de conclusión 5

183. Se propuso cambiar el título del proyecto de conclusión 5 por “Fuente del derecho internacional general”. Mientras que algunos miembros consideraban que era necesario fundamentar y justificar el proyecto de conclusión 5, otros insistieron en que las tres fuentes del derecho, es decir, la costumbre, los tratados y los principios generales del derecho, eran igualmente importantes y debían recibir el mismo trato. Se sugirió además que el párrafo 1 debía afirmar claramente que las normas pertinentes eran vinculantes para todos los Estados, y se expresaron dudas en relación con el párrafo 5, habida cuenta de que los principios generales del derecho no eran, por naturaleza, imperativos.

iv) Proyecto de conclusión 6

184. Según otra opinión, el proyecto de conclusión 6 podía eliminarse porque se limitaba a reiterar la exigencia de la aceptación y el reconocimiento de la comunidad internacional en su conjunto.

⁸¹⁴ *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 76 y 77. Véase también la resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo.

v) *Proyecto de conclusión 7*

185. Se cuestionó el uso del término “actitud” en el proyecto de conclusión 7, párrafo 1. Si bien se apoyó el enfoque adoptado en el párrafo 3, también se dijo que ese enfoque no era equilibrado, ya que solo requería un mínimo nivel de acuerdo de los Estados. Varios miembros eran partidarios de una fórmula que exigiera el consentimiento de prácticamente todos los Estados, o de la mayoría de ellos, a las normas de *ius cogens*, como “una mayoría muy amplia” o “sustancialmente todos los Estados”. Otros sugirieron combinar los párrafos 1 y 2 del proyecto de conclusión 7 o suprimir el párrafo 2, ya que las normas de *ius cogens* eran aplicables universalmente.

vi) *Proyecto de conclusión 8*

186. Se propuso completar el proyecto de conclusión 8 sustituyendo las palabras del párrafo 2, “la norma en cuestión es aceptada por los Estados” por “la norma en cuestión es aceptada y reconocida por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto”. También se invitó al Relator Especial a que examinara la cuestión de la aquiescencia como forma de aceptación y reconocimiento y subsanara la falta de claridad del párrafo 2 del proyecto de conclusión 8 sobre la cuestión, ya que reiteraba lo ya reflejado en los proyectos de conclusión 3, 4 y 6.

vii) *Proyecto de conclusión 9*

187. Se afirmó que se necesitaban materiales cualitativamente diferentes de los que constituían una prueba relativa al derecho internacional consuetudinario para demostrar que esas normas habían adquirido la condición de normas de *ius cogens*, a fin de evitar que estos “se computaran doble o triplemente”. También se propuso incluir las constituciones nacionales como prueba e insertar un texto para dejar claro que la lista del párrafo 2 no era exhaustiva. Asimismo, se sugirió incluir como medio de prueba el cuarto requisito señalado por la Corte Internacional de Justicia⁸¹⁵, es decir, la denuncia constante de un comportamiento en los foros internacionales y nacionales. Se propuso además, por una parte, que se aclarara si existía una diferencia cualitativa entre los materiales enumerados y, por la otra, que en el párrafo 2 se indicara que las resoluciones debían ser aprobadas por los Estados partes de las organizaciones a las que se hacía referencia y se añadieran las palabras “por unanimidad”. En opinión de otros, había que incluir una referencia a la modificación del *ius cogens*. También se sugirió modificar el párrafo 2 para que dijera “[l]os siguientes materiales pueden constituir prueba de la opinión de la comunidad internacional de Estados en su conjunto con respecto a la aceptación o el reconocimiento...”, y mejorar el párrafo 3 diciendo que las decisiones de las cortes y tribunales “pueden servir de medio auxiliar para determinar que una norma es *ius cogens*”.

viii) *Título del tema*

188. Se apoyó la idea de cambiar el título del tema y se propusieron, entre otros, “Normas imperativas (*ius cogens*)”, “Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)”, “El *ius cogens* en el derecho de los tratados”, “El *ius cogens* en el derecho internacional” y “El *ius cogens*” en el derecho internacional general”.

ix) *Labor futura*

189. Si bien, en general, se respaldó el plan de trabajo futuro sobre el tema expuesto por el Relator Especial, se sugirió que las cuestiones relativas a la responsabilidad del Estado no se abordaran únicamente en el contexto de los “efectos”, sino también desde la perspectiva de toda la categorización del *ius cogens*, es decir, la definición, los criterios y el contenido y las consecuencias. También se destacó la necesidad de desarrollar un concepto integrado de *ius cogens* que abarcara tanto el derecho de los tratados como la responsabilidad del Estado.

⁸¹⁵ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, fallo, I.C.J. Reports 2012, págs. 422 y ss., en especial pág. 457, párr. 99.

3. Observaciones finales del Relator Especial

190. El Relator Especial hizo una reseña de los comentarios y observaciones que se habían hecho durante el debate y reiteró que preferiría que los proyectos de conclusión siguieran en el Comité de Redacción hasta que se aprobara un conjunto completo.

191. El Relator Especial formuló observaciones sobre distintas cuestiones planteadas durante el debate, como la propuesta de que la Comisión se ocupara del *ius cogens* nacional, cuestión que, en su opinión, no debía examinarse: porque la Comisión había decidido basar su labor en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados; por la necesidad de examinar la práctica de una zona geográfica más amplia, que le había llevado a invitar a los miembros a que le remitieran los materiales que tuvieran a su disposición; por la necesidad de diversificar las fuentes de prueba; y por la sugerencia de que se refiriera a la práctica y las tradiciones de diversos grupos culturales.

192. En cuanto al vínculo entre la aplicabilidad universal y el *ius cogens* regional, el Relator Especial reiteró su opinión de que el *ius cogens* regional no era jurídicamente posible, por razones que abordaría en un futuro informe. Por el momento, consideraba que dicho estudio podría tener como resultado bien la inclusión de un proyecto de conclusión en el que se indicara: que las normas de *ius cogens* regionales eran posibles como excepción a la regla general, que las normas de *ius cogens* regionales no eran posibles de acuerdo con el derecho internacional, o simplemente que el proyecto de conclusiones se entendía “sin perjuicio” de la posible existencia de normas de *ius cogens* regionales; o bien la no inclusión de disposición alguna a ese respecto. El Relator Especial propuso además que, en un futuro informe, se determinara si la referencia a la aplicación universal se entendía con respecto a “todos los Estados” o a “todos los sujetos de derecho internacional”.

193. Sobre la cuestión de la superioridad jerárquica con arreglo a la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales, el Relator Especial señaló que los tribunales, en especial la Corte Internacional de Justicia, trataban de excluir de manera específica la cuestión de la jerarquía afirmando que las normas en cuestión no estaban en conflicto, por lo que la jerarquía entre ellas no se planteaba en absoluto. El Relator Especial también confirmó que discrepaba de la opinión de que la superioridad jerárquica era más una consecuencia que una característica.

194. El Relator Especial no suscribía las opiniones expresadas en relación con el proyecto de conclusión 3, párrafo 2, remitido al Comité de Redacción en 2016, según las cuales la disposición parecía sugerir que las características del *ius cogens* no debían incluirse a menos que tuvieran una incidencia directa sobre los criterios y la identificación del *ius cogens*. Indicó que, por su naturaleza, los proyectos de conclusión eran una mezcla de conclusiones normativas y descriptivas sobre el estado del derecho, y que tenía la intención de explicar en el comentario que esas características podían ser pertinentes para evaluar los criterios relativos a las normas de *ius cogens* del derecho internacional.

195. En relación con la opinión expresada por algunos miembros de que el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 no debía ser la única base para el examen del tema, el Relator Especial recordó que el enfoque que había adoptado en sus dos informes, en particular respecto de los criterios relativos al *ius cogens*, no se basaba exclusivamente en el consentimiento. A su juicio, si bien el papel de los Estados era fundamental para el tema, ello no significaba que este se basara exclusivamente en la existencia de consentimiento.

196. El Relator Especial recordó que la mayoría de los miembros estuvieron de acuerdo con el enfoque en dos etapas, aunque algunos plantearon ciertas cuestiones al respecto. Recordó que el enfoque en dos etapas no debía equipararse a un cómputo doble o triple: en la primera etapa se buscaba la existencia del derecho, en la mayoría de los casos el derecho internacional consuetudinario. En la segunda etapa no importaba la condición de la norma en cuestión, sino su carácter imperativo.

197. El Relator Especial discrepaba de los argumentos a favor de incluir la modificación como criterio, recordando que la práctica judicial de los tribunales nacionales e internacionales se había centrado en las pruebas de la aceptación y el reconocimiento de la inderogabilidad. No obstante, aceptó la sugerencia, en el entendimiento de que la

derogación y la modificación no se considerarían criterios independientes, sino parte de los criterios.

198. El Relator Especial recordó que la mayoría de los miembros, si no todos, habían aceptado el cambio propuesto con respecto al título del tema, de “*Ius cogens*” a “Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)”.

199. Con respecto a las diversas propuestas de redacción de los miembros para simplificar los proyectos de conclusión, el Relator Especial insistió en la necesidad de tener en cuenta el objetivo de las diferentes disposiciones, e indicó que estaba dispuesto a reestructurar los proyectos de conclusión de acuerdo con las sugerencias hechas durante el debate en sesión plenaria.

200. El Relator Especial observó que, aunque la mayoría de los miembros se mostraban de acuerdo con la orientación general de su enfoque respecto del primer criterio, es decir, el concepto de derecho internacional general, se plantearon varias cuestiones sobre determinados aspectos, en particular sobre si las normas del derecho internacional humanitario no podían formar parte del *ius cogens*. A ese respecto, confirmó que el derecho internacional general no debía distinguirse de la *lex specialis* y que, en consecuencia, no debía excluirse la posibilidad de que el derecho internacional humanitario produjera normas de *ius cogens*.

201. En cuanto a la indicación de que las normas del derecho internacional general eran las que eran vinculantes para todos los Estados, el Relator Especial observó que el primer criterio era solo una condición previa para que existiera el *ius cogens* y que, por tanto, no tenía por qué reflejar todas las características del *ius cogens*.

202. El Relator Especial pasó a referirse a la disconformidad expresada por algunos miembros con la conclusión del informe de que los tratados no podían formar parte del derecho internacional general; en su opinión, la Comisión debía ser prudente antes de concluir que los tratados, como tales, podían formar parte del derecho internacional general, en particular porque el proyecto de conclusión 5 no cerraba categóricamente la puerta a los argumentos formulados por los miembros. Señaló además que el proyecto de conclusión no se refería a la prueba, sino que pretendía ofrecer algunas conclusiones sobre las fuentes del derecho internacional y su relación con el *ius cogens*, y subrayó que las resoluciones y demás materiales no se incluían entre esas fuentes.

203. En cuanto a la sugerencia de que las tres fuentes —el derecho internacional consuetudinario, los principios generales del derecho y el derecho de los tratados— debían desempeñar la misma función en relación con la identificación del *ius cogens* y debían coexistir para que hubiera una norma de *ius cogens*, el Relator Especial destacó que las propuestas no se correspondían con la práctica y la doctrina.

204. El Relator Especial también se refirió a las observaciones formuladas en relación con los principios generales del derecho, e insistió en que, a los efectos del *ius cogens*, bastaba solo con indicar la posibilidad de que los principios generales podían constituir la base de normas de *ius cogens*, posibilidad que no convenía excluir. Asimismo, recordó que la propuesta de proyecto de conclusión 5 era suficientemente flexible para dar a entender que era una mera posibilidad y que la práctica en ese sentido era mínima. Si el texto se aprobaba, ello también se aclararía en el comentario.

205. En referencia al proyecto de conclusión 6, el Relator Especial señaló que, si bien no había recibido críticas, varios miembros habían sugerido que podía integrarse en otras disposiciones, algo de lo que no era partidario porque el proyecto de conclusión servía para introducir el segundo criterio. Aunque el Relator Especial tampoco estaba a favor de suprimirlo, si el Comité de Redacción decidía hacerlo, indicaría en el comentario la orientación estructural de los proyectos de conclusión relacionados con la identificación del *ius cogens*.

206. Se plantearon cuestiones en el contexto del proyecto de conclusión 7 sobre el sentido de la expresión “en su conjunto”. A ese respecto, el Relator Especial señaló que, al igual que algunos miembros, consideraba que se pretendía transmitir una idea de colectividad. También subrayó que no estaba de acuerdo con la opinión de que la palabra “actitud” era inapropiada, ni con la sugerencia de que se requería una práctica acompañada

de la *opinio iuris*. No obstante, era firme partidario de la propuesta de mantener la palabra “convicción” y estaba dispuesto a mantener el término “*very*” que se había suprimido del párrafo 3 en la versión en inglés, aunque la expresión “una gran mayoría” no pretendía denotar una mayoría menos importante.

207. Con respecto al proyecto de conclusión 8, el Relator Especial invitó al Comité de Redacción a que sustituyera las palabras “aceptada por los Estados como norma inderogable” por “aceptada y reconocida por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto como norma inderogable”. No estaba de acuerdo con la observación de que el párrafo 2 del proyecto de conclusión 8 no añadía mucho al tema.

208. El Relator Especial indicó, además, que aceptaba las propuestas de redacción relativas al proyecto de conclusión 9. Consideraba que las constituciones nacionales debían incluirse como posible prueba y que el Comité de Redacción podía considerar la posibilidad de incluir la legislación nacional en el párrafo 2.

209. Sin entrar a comentar las observaciones formuladas en relación con la lista ilustrativa de cuestiones, el Relator Especial señaló que la decisión que recomendaría se basaría en el contenido de los argumentos expuestos.

210. El Relator Especial reiteró que prefería que el Comité de Redacción finalizase su labor sobre todas las propuestas de proyectos de conclusión que se proponía presentar durante la primera lectura antes de remitirlas de nuevo al pleno de la Comisión.

Capítulo IX

La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado

A. Introducción

211. En su 69º período de sesiones (2017), la Comisión decidió incluir el tema “La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado” en su programa de trabajo y nombró Relator Especial al Sr. Pavel Šturma⁸¹⁶.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

212. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/708), cuyo objetivo era exponer el enfoque de este con respecto al alcance y el resultado del tema y ofrecer un panorama de las disposiciones generales relacionadas con él.

213. La Comisión examinó el primer informe en sus sesiones 3374ª a 3381ª, celebradas entre los días 13 y 25 de julio de 2017.

214. En su 3381ª sesión, celebrada el 25 de julio de 2017, la Comisión decidió remitir los proyectos de artículo 1 a 4, que figuraban en el primer informe del Relator Especial, al Comité de Redacción, teniendo en cuenta las opiniones expresadas en el debate celebrado en sesión plenaria y en el entendimiento de que los proyectos de artículo 3 y 4 quedarían en suspenso en el Comité de Redacción.

215. En su 3383ª sesión, celebrada el 31 de julio de 2017, el Presidente del Comité de Redacción presentó un informe oral provisional sobre los proyectos de artículo 1 y 2, aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción. El informe se presentó únicamente a título informativo y puede consultarse en el sitio web de la Comisión⁸¹⁷.

1. Presentación del primer informe por el Relator Especial

216. El Relator Especial indicó que su primer informe se centraba en disposiciones generales que sentarían las bases del futuro examen del tema. En primer lugar, el informe repasaba las opiniones manifestadas por las delegaciones durante el debate mantenido en la Sexta Comisión en el septuagésimo primer período de sesiones de la Asamblea General, en 2016, en el que varias delegaciones habían expresado su apoyo a la inclusión del tema en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión, prestando especial atención a su potencial para llenar lagunas existentes en derecho internacional. Algunas delegaciones habían cuestionado la relevancia del tema en la actualidad y habían expresado ciertas dudas con respecto a la posibilidad de que los Estados llegaran a un consenso en este polémico tema.

217. En cuanto al alcance y al resultado del tema, cuestión indisolublemente vinculada a los trabajos anteriores de la Comisión, el Relator Especial reiteró que el tema se ocupaba de dos ámbitos del derecho internacional que ya eran objeto de codificación y desarrollo progresivo por parte de la Comisión: la sucesión de Estados y la responsabilidad del Estado. El Relator Especial se refirió a la labor anterior de la Comisión, que había dejado lagunas para ser examinadas con posterioridad⁸¹⁸, así como a la labor concluida sobre el

⁸¹⁶ En su 3354ª sesión, celebrada el 9 de mayo de 2017. El tema había sido incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión en su 68º período de sesiones (2016), sobre la base de la propuesta que figuraba en el anexo B del informe de la Comisión (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/71/10)*).

⁸¹⁷ <http://legal.un.org/ilc>.

⁸¹⁸ Con respecto a la responsabilidad internacional, esto incluye el proyecto de artículos de 2001 sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 76 y 77 (véase también la resolución 56/83 de la Asamblea General,

tema por el Instituto de Derecho Internacional⁸¹⁹. El Relator Especial hizo hincapié en que la finalidad de examinar este tema era arrojar más luz sobre la cuestión de si había o no normas de derecho internacional que regulaban tanto la transmisión de obligaciones como la transmisión de derechos dimanantes de la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos en situaciones de sucesión de Estados. Al centrarse en las normas secundarias de la responsabilidad internacional, el alcance del tema no abarcaría ninguna cuestión de responsabilidad internacional por consecuencias lesivas dimanantes de actos no prohibidos por el derecho internacional. El Relator Especial indicó que la labor sobre el tema debía seguir también los principios fundamentales de la sucesión de Estados relativos a la distinción entre la transferencia de una parte del territorio, la secesión, la disolución, la unificación y la creación de un nuevo Estado independiente.

218. El Relator Especial, poniendo de manifiesto los precedentes relevantes de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y de los artículos que se convirtieron en la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en Materia de Tratados (en adelante, “la Convención de Viena de 1978”) y en la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado (en adelante, “la Convención de Viena de 1983”), así como de los artículos sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados, indicó que la forma apropiada del tema parecía ser la de un proyecto de artículos con sus comentarios.

219. En cuanto a las disposiciones generales que servirían de base para el examen futuro del tema, el Relator Especial señaló que históricamente la doctrina de la sucesión de Estados había negado en general la posibilidad de transferir la responsabilidad a un Estado sucesor (teoría de la no sucesión).

220. Si bien reconoció que la mayor parte de la doctrina y la teoría había sostenido esta postura, el Relator Especial destacó que algunos juristas habían cuestionado la existencia de una norma general sobre la sucesión de Estados aplicable en todas las circunstancias. El Relator Especial había incluido en el informe un estudio preliminar sobre la práctica de los Estados, con inclusión de algunas resoluciones judiciales, en relación con la responsabilidad internacional en diferentes casos de sucesión de Estados. Puso de relieve su conclusión provisional de que el derecho internacional moderno no respaldaba la tesis general de la no sucesión respecto de la responsabilidad del Estado. También examinó la pertinencia para el presente tema de las dos Convenciones de Viena sobre la sucesión. Hizo hincapié en que, para asegurar un enfoque que contemple una integración sistémica, sería importante utilizar los mismos términos y definiciones de manera uniforme para la sucesión respecto de los tratados, los bienes, deudas y archivos del Estado, la nacionalidad de las personas físicas y la responsabilidad del Estado.

221. El Relator Especial señaló que no existía un régimen universal en relación con la sucesión de Estados, sino más bien varios aspectos de las relaciones jurídicas a los que es de aplicación la sucesión de Estados. Por tanto, las normas relativas a la sucesión de Estados en una determinada esfera, por ejemplo, respecto de los tratados, pueden diferir de

de 12 de diciembre de 2001, anexo); y el proyecto de artículos de 2011 sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, *Anuario...*, 2011, vol. II (segunda parte), párrs. 87 y 88 (véase también la resolución 66/100 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2011, anexo). Con respecto a la sucesión de Estados, esto incluye la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en Materia de Tratados (Viena, 23 de agosto de 1978), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1946, núm. 33356, pág. 3; la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado (Viena, 8 de abril de 1983), que aún no ha entrado en vigor, Naciones Unidas, *Anuario Jurídico 1983* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.90.V.1), pág. 154, y el proyecto de artículos de 1999 sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados, *Anuario...*, 1999, vol. II (segunda parte), párrs. 47 y 48 (véase también la resolución 55/153 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2000). También figuran algunas cuestiones de la sucesión en el contexto de la labor de la Comisión en relación con el proyecto de artículos sobre la protección diplomática, *Anuario...*, 2006, vol. II (segunda parte), párrs. 49 y 50 (véase también la resolución 62/67 de la Asamblea General, de 6 de diciembre de 2007, anexo).

⁸¹⁹ Véase Institute of International Law, resolución sobre la sucesión de Estados en materia de responsabilidad internacional, 28 de agosto de 2015.

las normas existentes en otra esfera, por ejemplo, respecto de los bienes, deudas y archivos del Estado. Subrayó que las distintas esferas de la sucesión eran independientes y se regían por normas especiales.

222. El Relator Especial también señaló a la atención de la Comisión la compleja cuestión de si las obligaciones derivadas de hechos ilícitos son “deudas” sujetas a la Convención de Viena de 1983 o, por el contrario, deben ser examinadas en el contexto del presente tema. El Relator Especial se refirió a su conclusión preliminar de que sería una deuda a efectos de las normas sobre sucesión respecto de las deudas del Estado si ese interés en activos de valor fijo o determinable era reconocido por el Estado o establecido de ese modo por un tribunal judicial o arbitral internacional en la fecha de la sucesión. Sin embargo, si un hecho internacionalmente ilícito hubiera tenido lugar antes de la fecha de la sucesión, pero las consecuencias jurídicas derivadas de él no se hubieran determinado aún (por ejemplo, la cuantía de la indemnización no había sido fijada por un tribunal arbitral), la posible transmisión de obligaciones o derechos debía regirse por las normas sobre la sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado.

223. Según el Relator Especial, de su análisis parecían contar con apoyo las dos conclusiones preliminares, a saber, que la tesis tradicional de la no sucesión había sido cuestionada por la práctica moderna y que había que demostrar caso por caso la transmisión o no de las obligaciones o derechos derivados de la responsabilidad del Estado en formas de sucesión específicas. Partiendo de la experiencia de la Comisión en su labor sobre la sucesión de Estados, y teniendo presente la singularidad y el carácter sumamente político del tema, el Relator Especial destacó que las normas que han de codificarse deben tener carácter subsidiario. Así, podían cumplir dos propósitos. En primer lugar, podían constituir un modelo útil susceptible de ser utilizado y también modificado por los Estados en cuestión. En segundo lugar, en los casos de falta de acuerdo, podían constituir normas aplicables por defecto en caso de controversia.

224. El Relator Especial, señalando que, en principio, el acuerdo entre los Estados en cuestión debe tener prioridad respecto de las normas generales subsidiarias sobre la sucesión que se propongan en la labor que se realice en el marco del presente tema, profundizó en el análisis que figuraba en su informe sobre la pertinencia de esos acuerdos a la luz de la norma *pacta tertiis* enunciada en los artículos 34 y 36 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El Relator Especial, que clasificó los acuerdos en cuestión en las categorías de acuerdos de transmisión, acuerdos sobre reclamaciones y otros acuerdos, se basó en un examen de diversos acuerdos relevantes entre Estados predecesores y Estados sucesores para sugerir que se adoptara un enfoque matizado, prestando especial atención al contenido de los acuerdos y a las partes en ellos para determinar la norma aplicable.

225. El Relator Especial también abordó la cuestión de la relevancia de los actos unilaterales en el contexto del presente tema. Destacó la labor realizada en su informe, en la que se habían analizado, en primer lugar, algunos ejemplos de actos unilaterales y, a continuación, las normas pertinentes aprobadas hasta la fecha por la Comisión sobre la responsabilidad del Estado y los actos unilaterales de los Estados. Hizo hincapié en que, examinados estos ejemplos, debía proponerse un enfoque propio con respecto a la cuestión de los actos unilaterales en el contexto de la responsabilidad internacional, en lugar del enfoque estricto adoptado en el marco de la Convención de Viena de 1978.

226. El Relator Especial propuso cuatro proyectos de artículo. El primero se ocupaba del alcance del conjunto del proyecto de artículos⁸²⁰; el segundo presentaba una serie de definiciones de términos específicos basadas en las definiciones que figuraban en las dos Convenciones de Viena sobre la sucesión y en el proyecto de artículos sobre la

⁸²⁰ El texto del proyecto de artículo 1 propuesto por el Relator Especial en su primer informe dice lo siguiente:

Proyecto de artículo 1
Alcance

El presente proyecto de artículos se aplica a los efectos de la sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos⁸²¹; el tercero establecía un marco para analizar la pertinencia de los acuerdos para la sucesión de Estados en relación con la responsabilidad⁸²², y el cuarto establecía un marco en relación con las declaraciones unilaterales formuladas por un Estado sucesor⁸²³.

⁸²¹ El texto del proyecto de artículo 2 propuesto por el Relator Especial en su primer informe dice lo siguiente:

Proyecto de artículo 2

Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de artículos,

a) se entiende por “sucesión de Estados” la sustitución de un Estado por otro en la responsabilidad de las relaciones internacionales de un territorio;

b) se entiende por “Estado predecesor” el Estado que ha sido sustituido por otro Estado a raíz de una sucesión de Estados;

c) se entiende por “Estado sucesor” el Estado que ha sustituido a otro Estado a raíz de una sucesión de Estados;

d) se entiende por “fecha de la sucesión de Estados” la fecha en la que el Estado sucesor ha sustituido al Estado predecesor en la responsabilidad de las relaciones internacionales del territorio al que se refiere la sucesión de Estados;

e) se entiende por “responsabilidad internacional” las relaciones que nacen, en derecho internacional, del hecho internacionalmente ilícito de un Estado;

[...]

⁸²² El texto del proyecto de artículo 3 propuesto por el Relator Especial en su primer informe dice lo siguiente:

Proyecto de artículo 3

Pertinencia de los acuerdos para la sucesión de Estados en relación con la responsabilidad

1. Las obligaciones de un Estado predecesor derivadas de un hecho internacionalmente ilícito cometido por este contra otro Estado u otro sujeto de derecho internacional antes de la fecha de una sucesión de Estados no pasarán a ser obligaciones del Estado sucesor para con el Estado o sujeto lesionado por el solo hecho de que el Estado predecesor y el Estado sucesor hayan celebrado un acuerdo que disponga que tales obligaciones se transmitirán al Estado sucesor.

2. Los derechos que tenga un Estado predecesor derivados de un hecho internacionalmente ilícito frente a otro Estado antes de la fecha de una sucesión de Estados no pasarán a ser derechos del Estado sucesor frente al Estado responsable por el solo hecho de que el Estado predecesor y el Estado sucesor hayan celebrado un acuerdo que disponga que tales derechos se transmitirán al Estado sucesor.

3. Otros acuerdos distintos de un acuerdo de transmisión producen plenos efectos sobre la transmisión de obligaciones o derechos derivados de la responsabilidad del Estado. Todo acuerdo es vinculante para las partes y ha de ser cumplido por ellas de buena fe.

4. Los párrafos precedentes se entenderán sin perjuicio de las normas aplicables del derecho de los tratados, en particular la norma *pacta tertiis* reflejada en los artículos 34 a 36 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

⁸²³ El texto del proyecto de artículo 4 propuesto por el Relator Especial en su primer informe dice lo siguiente:

Proyecto de artículo 4

Declaración unilateral de un Estado sucesor

1. Los derechos de un Estado predecesor derivados de un hecho internacionalmente ilícito cometido contra este por otro Estado u otro sujeto de derecho internacional antes de la fecha de una sucesión de Estados no pasarán a ser derechos del Estado sucesor por el solo hecho de que el Estado sucesor haya formulado una declaración unilateral por la que asuma todos los derechos y obligaciones del Estado predecesor.

2. Las obligaciones de un Estado predecesor con respecto a un hecho internacionalmente ilícito cometido por este contra otro Estado u otro sujeto de derecho internacional antes de la fecha de una sucesión de Estados no pasarán a ser obligaciones del Estado sucesor para con el Estado o sujeto lesionado por el solo hecho de que el Estado sucesor haya aceptado que se le transmitan tales obligaciones, a menos que formule una declaración unilateral en términos claros y específicos.

227. En cuanto al programa de trabajo futuro, el Relator Especial preveía que la Comisión examinaría: las cuestiones de la transmisión de las obligaciones dimanantes de los hechos internacionalmente ilícitos del Estado predecesor, en 2018; la transmisión al Estado sucesor de los derechos o reclamaciones de un Estado predecesor lesionado, en 2019; y el resto de cuestiones de procedimiento y otras cuestiones diversas, como la pluralidad de Estados sucesores, o una posible aplicación de las normas sobre sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado a las organizaciones internacionales lesionadas o a las personas físicas lesionadas, en 2020. El Relator Especial indicó que, dependiendo del avance de las deliberaciones, podría aprobarse el proyecto de artículos completo en primera lectura en 2020 o 2021.

2. Resumen del debate

a) Comentarios generales

228. Los miembros acogieron con satisfacción el primer informe del Relator Especial y coincidieron en la necesidad de armonizar el presente tema con la labor anterior de la Comisión en relación con los temas conexos de la responsabilidad y la sucesión. Varios miembros destacaron que el presente tema llenaría lagunas anteriormente dejadas por la Comisión durante el examen de estos temas conexos, si bien se dijo también que en el primer informe del Relator Especial no se había examinado suficientemente la relación entre el presente tema y los artículos de la Comisión sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Se expresó cierta preocupación por la rapidez y el modo en que se había seleccionado el tema para incluirlo en el programa de la Comisión al inicio del nuevo quinquenio, lo que podría haber dado lugar a una falta de debate acerca de la finalidad y el resultado del tema; algunos miembros alentaron a la Comisión a examinar la forma en que selecciona los temas en los que va a trabajar.

229. Si bien algunos miembros sugirieron que se trataba de un tema sumamente relevante, del que era acertado ocuparse en estos momentos con el apoyo y la práctica de los Estados actualmente presentes, otros cuestionaron su importancia actual. Se plantearon la singularidad de la sucesión y los diferentes contextos políticos e históricos en que tenía lugar, como obstáculo para identificar una tendencia unificada o clara en la práctica. Algunos miembros expresaron preocupación por que solo un número muy limitado de Estados hubiera mostrado interés por el tema en el seno de la Sexta Comisión. Varios miembros se mostraron partidarios de que la Comisión estudiara el trabajo en relación con el tema llevado a cabo por órganos privados, como el Instituto de Derecho Internacional⁸²⁴ y la Asociación de Derecho Internacional⁸²⁵, si bien insistieron en que la Comisión debía proceder con independencia en su examen del tema. Se señaló la necesidad de que el Relator Especial presentara a la Comisión un relato más sistemático de los materiales pertinentes, especialmente en relación con la práctica de los Estados y la jurisprudencia, así como de la dirección y el propósito del tema.

230. En cuanto a la norma general sobre la sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado, varios miembros subrayaron que sería necesario examinar las normas sustantivas generales sobre la sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado antes de examinar las posibles excepciones o cláusulas de salvaguardia enunciadas en los proyectos de artículo 3 y 4; no obstante, también se dijo que esas formas establecidas de transferir la responsabilidad no dependían de la norma general.

231. Varios miembros insistieron en que la norma “tradicional” de la no sucesión que el Relator Especial había esbozado seguía siendo la posición predominante en la actualidad, con la posibilidad de que la sucesión automática se limitara a la sucesión en las deudas del Estado y un margen para una serie limitada de posibles excepciones, claramente establecidas, a la no sucesión. Otros miembros pusieron en duda que la norma tradicional

3. Las declaraciones unilaterales de un Estado sucesor y sus efectos se rigen por las normas de derecho internacional aplicables a los actos unilaterales de los Estados.

⁸²⁴ Véase la nota 819 *supra*.

⁸²⁵ International Law Association, *Report of the Seventy-third Conference*, Río de Janeiro, 17 a 21 de agosto de 2008 (Londres, 2008), págs. 250 y ss.

de la no sucesión hubiera cambiado, a pesar de que, en su informe, el Relator Especial diera a entender que su visión difería, y sugirieron que todo alejamiento respecto de la norma tradicional ha de estar respaldado con pruebas claras e inequívocas de la práctica de los Estados y decisiones de cortes y tribunales.

232. Varios miembros también destacaron que los ejemplos de la práctica de los Estados y la jurisprudencia, tanto nacional como internacional, que el Relator Especial había citado para respaldar su postura en favor de la evolución de la norma tradicional no avalaban en realidad esa conclusión, mientras que otros miembros sugirieron que, como mínimo, la jurisprudencia presentada por el Relator Especial sugería que ninguna norma general era absoluta. Se dijo además que la doctrina presentada por el Relator Especial tampoco avalaba una tendencia cambiante. En concreto, el fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría c. Eslovaquia)*⁸²⁶ se había limitado al acuerdo explícito de sucesión en la responsabilidad entre Hungría y Eslovaquia, y la Corte no había dado indicación alguna sobre la cuestión más general de la sucesión en la responsabilidad del Estado. A su vez, en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia)*⁸²⁷, la Corte no se había pronunciado ni en un sentido ni en otro con respecto a la cuestión de la sucesión respecto de la responsabilidad del Estado. Se hizo hincapié en que los acuerdos entre Estados o las declaraciones unilaterales sobre asuntos de sucesión podían no depender de un sentido de la obligación dimanante del derecho internacional general y podían respaldar la norma tradicional, y no una nueva tendencia. Por otra parte, también se sugirió que la “tendencia” identificada por el Relator Especial de alejarse de la norma tradicional de la no sucesión podría limitarse a formas específicas de sucesión y, por tanto, la manera en que la Comisión analizara estas situaciones afectaría al resultado final.

233. Al examinar la cuestión de una norma general sobre la sucesión, algunos miembros recalcaron que deseaban que se prestara mayor atención a la práctica de los Estados, así como a la práctica de todas las regiones. Se expresó preocupación por que no resultara claro en qué medida el examen del tema iba a ser un ejercicio de codificación o de desarrollo progresivo. Algunos miembros dijeron que, dada la predominante posición tradicional de la no sucesión, que existía por defecto, el examen del tema sería necesariamente un ejercicio de desarrollo progresivo y que, dados los antecedentes de la Comisión en temas relacionados con la sucesión, sería difícil conseguir la amplia aceptación por los Estados de un conjunto final de artículos sobre el tema.

234. Varios miembros apoyaron que el Relator Especial hubiera indicado en su primer informe que se centraría en las diferentes formas de sucesión al examinar el tema. Algunos miembros subrayaron que un elemento necesario del examen de las diferentes formas de sucesión era una explicación clara y detallada de las diferencias de hecho en cada una de las circunstancias.

b) Comentarios específicos

i) Proyecto de artículo 1 – Alcance

235. Varios miembros sugirieron que se modificara el alcance propuesto por el Relator Especial para que incluyera “en relación con los derechos y obligaciones dimanantes de un hecho internacionalmente ilícito”, de modo que hubiera mayor claridad y precisión en el alcance del tema, en lugar de referirse en términos generales a la responsabilidad del Estado. Si bien algunos miembros sugirieron que el tema requería que se examinasen las normas primarias de la obligación, otros miembros se mostraron partidarios de que el tema se centrara exclusivamente en las normas secundarias generales de la responsabilidad. Aun cuando una serie de miembros coincidieron con el Relator Especial en que se excluyeran del tema las cuestiones relativas a la responsabilidad respecto de las organizaciones internacionales, otros sugirieron que el Relator Especial examinara los derechos de las organizaciones internacionales como parte lesionada en su labor futura. Varios miembros

⁸²⁶ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1997*, pág. 7.

⁸²⁷ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)* [fondo], fallo de 3 de febrero de 2015.

expresaron puntos de vista contrapuestos respecto de la decisión de excluir la responsabilidad en razón de una obligación (“*liability*”) del examen, y plantearon problemas relacionados con los términos responsabilidad con carácter general (“*responsibility*”) y responsabilidad en razón de una obligación (“*liability*”) en algunos idiomas.

236. Varios miembros se opusieron a la idea de pedir al Relator Especial que incluyera en su labor un examen de la sucesión de los gobiernos, y otros miembros avalaron la sugerencia de incluir también el examen de si la sucesión en sí había sido lícita o ilícita con arreglo al derecho internacional.

ii) *Proyecto de artículo 2 – Términos empleados*

237. Algunos miembros apoyaron la elaboración de los términos empleados que figuran en los apartados a) a d) del proyecto de artículo 2, y varios miembros estuvieron de acuerdo con la utilización por parte del Relator Especial de los trabajos anteriores de la Comisión. Se suscitó cierta preocupación por que el empleo de la palabra “sustituido” en los apartados b) a d) pudiera ser equívoca, dados los casos de sucesión en los que el Estado predecesor no dejó de existir o no había sido sustituido por completo. Asimismo, se expresó cierta preocupación en relación con el apartado a), dado que la definición no hacía referencia a la prueba suplementaria de “legalidad” recogida en la Convención de Viena de 1978, por lo que se sugirió que su forma final dentro del tema siguiera siendo objeto de debate.

238. En relación con el apartado e), en el que se define la “responsabilidad internacional”, se dijo que sería necesario definir el término “hecho internacionalmente ilícito”, si bien algunos miembros consideraron que el apartado en su totalidad era innecesario para el examen del tema y debía ser suprimido. También se sugirió que, para referirse a los derechos y obligaciones dimanantes de hechos internacionalmente ilícitos, las palabras “consecuencias”, “consecuencias jurídicas” o “comprende las relaciones internacionales” serían más apropiadas que la palabra “relaciones” que figura en el apartado e).

239. Varios miembros sugirieron otros términos que debían ser definidos en el proyecto de artículo, como “acuerdo de transmisión”, “declaración unilateral”, “otro sujeto de derecho internacional”, “acuerdo de compensación” y otras definiciones de los tipos de sucesión que el Relator Especial había indicado que examinaría a lo largo del tema.

iii) *Proyecto de artículo 3 – Pertinencia de los acuerdos para la sucesión de Estados en materia de responsabilidad*

340. Varios miembros plantearon la posibilidad de suprimir o simplificar los párrafos 3 y 4, que podían ser redundantes al limitarse a volver a afirmar que esos acuerdos estaban sujetos a los principios del derecho de los tratados, e incluir su contenido en el comentario. Se sugirió que la cláusula “sin perjuicio” del párrafo 4 relativa a la norma *pacta tertiis* hacía que las distinciones en las formas de acuerdo señaladas en los párrafos 1 a 3 fueran redundantes. Algunos miembros pidieron que se aclarara en mayor medida el sentido de la expresión “otros acuerdos distintos” que figuraba en el párrafo 3.

241. Entre otras propuestas de los miembros, se sugirió al Relator Especial que tuviera en consideración la evolución de la norma *pacta tertiis* en lo que respecta a los acuerdos de transmisión y se habló de la necesidad de ahondar aún más en las diferentes formas de sucesión antes de examinar los acuerdos.

iv) *Proyecto de artículo 4 – Declaración unilateral de un Estado sucesor*

242. Algunos miembros señalaron que la expresión “en términos claros y específicos”, que figuraba en el párrafo 2 del proyecto de artículo 4 propuesto por el Relator Especial, no recogía todos los criterios necesarios para que un acto unilateral fuera vinculante que habían sido incluidos en los trabajos anteriores de la Comisión sobre las declaraciones

unilaterales⁸²⁸, y sugirieron que se modificara el proyecto de artículo 4 para que incluyera una referencia general a todos esos requisitos. Se hizo hincapié en la necesidad de que el Relator Especial se centrara en otras situaciones de asunción de responsabilidad por un Estado, más allá de los confines de las declaraciones unilaterales. Por último, se sugirió que se reprodujera en el proyecto de artículo 4 el orden de los elementos del proyecto de artículo 3 en aras de la coherencia.

243. Si bien algunos miembros se mostraron partidarios de que se enviaran los cuatro proyectos de artículo al Comité de Redacción, otros lo fueron de que se remitieran únicamente los proyectos de artículo 1 y 2 y sugirieron que se retuvieran los proyectos de artículo 3 y 4 para seguir examinándolos, o al menos mantenerlos en manos del Comité de Redacción hasta que se hubieran examinado informes ulteriores del Relator Especial. También se dijo que había que seguir debatiendo todos los proyectos de artículo antes de remitirlos al Comité de Redacción.

c) Forma final

244. En cuanto a la forma final que el proyecto debía adoptar, contó con apoyo la idea de un proyecto de artículos que había propuesto el Relator Especial, dado que la Comisión había recurrido a los artículos en su labor anterior sobre cuestiones relacionadas con la sucesión. Algunos miembros sugirieron dejar la decisión sobre la forma final para una etapa posterior e indicaron las ventajas potenciales de un proyecto de directrices. Varios miembros respaldaron la insistencia del Relator Especial en que el resultado final tuviera en todo caso carácter subsidiario respecto de los acuerdos entre los Estados.

d) Programa de trabajo futuro

245. Una serie de miembros expresaron su apoyo al programa de trabajo futuro propuesto por el Relator Especial, mientras que otros le sugirieron que centrara su próximo informe en las normas generales aplicables a todas las situaciones de sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado. También se sugirió que el Relator Especial abordara el procedimiento de determinación de las reclamaciones en la sucesión antes de pasar a la transmisión de las reclamaciones, y se subrayó la necesidad de centrarse en los derechos o las reclamaciones del Estado sucesor.

3. Observaciones finales del Relator Especial

246. En respuesta al debate, el Relator Especial indicó que el tema incluiría tanto el desarrollo progresivo como la codificación del derecho internacional, si bien reconoció que la práctica de los Estados y la jurisprudencia no estaban desarrolladas por igual en diversos ámbitos y tipos de sucesión de Estados.

247. En relación con la práctica de los Estados y la jurisprudencia citadas en su primer informe, el Relator Especial estuvo de acuerdo en que sería necesaria una investigación a fondo de la práctica de los Estados, que se incluiría en futuros informes, y que se prestaría más atención a los casos de regiones que estuvieran fuera de Europa. El Relator Especial reconoció que la práctica de los Estados no era clara y que los casos que se referían a esos temas podían interpretarse de diferentes formas. Insistió en que solo discrepaba manifiestamente de lo que denominó la antigua doctrina o ficción de la naturaleza sumamente personal de la responsabilidad del Estado, que parecía excluir, *a priori*, toda posible transmisión de derechos y obligaciones dimanantes de hechos internacionalmente ilícitos. Subrayó que la evolución también debía ser objeto de análisis y quedar reflejada.

248. En cuanto a los aspectos del alcance del tema, el Relator Especial confirmó que, en la etapa actual de los trabajos, prefería dejar a un lado las cuestiones relativas a la sucesión de Estados en relación con las consecuencias de actos lícitos, con la posibilidad de incluir un estudio al respecto en una fase posterior. Afirmó que, si bien dejaría a un lado la

⁸²⁸ Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas, resolución 61/34 de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 2006. Los Principios rectores aprobados por la Comisión y sus correspondientes comentarios se reproducen en el *Anuario...*, 2006, vol. II (segunda parte), párrs. 176 y 177.

sucesión en relación con la responsabilidad respecto de las organizaciones internacionales como tales, la labor futura sobre el tema podría incluir cuestiones de la sucesión en relación con la responsabilidad del Estado por lesiones ocasionadas a otros actores, como las organizaciones internacionales, y la responsabilidad de los Estados miembros en relación con actos de la organización. El Relator Especial indicó que no examinaría la cuestión de la sucesión de los gobiernos.

249. En respuesta a los comentarios específicos formulados sobre los proyectos de artículo, el Relator Especial señaló que estaba abierto a las sugerencias de incluir en el proyecto de artículo 1 alguna referencia a “los derechos y obligaciones dimanantes de un hecho internacionalmente ilícito”. Le pareció lógica la sugerencia de no incluir en el proyecto de artículo 2 una definición de “responsabilidad internacional”, dado que podría abordarse en el comentario. El Relator Especial indicó que se irían incluyendo nuevas definiciones a medida que avanzara la labor sobre el tema. Señaló además que en el proyecto de artículo 2, apartado a), no se adoptaba ninguna posición sobre la cuestión de la legalidad de la sucesión, una cuestión que se abordaría en su próximo informe.

250. En cuanto a la necesidad de examinar y enunciar una norma general sobre la sucesión antes de formular los proyectos de artículo 3 y 4, relativos a los acuerdos y las declaraciones unilaterales, respectivamente, el Relator Especial señaló que esos proyectos de artículo no eran únicamente cláusulas “sin perjuicio”, dado que hacían referencia tanto a la forma como al contenido y subrayaban la naturaleza subsidiaria del proyecto de artículos. Mantuvo que resultaba útil disponer de esos proyectos de artículo al inicio de la labor sobre el tema y que de ese modo se evitaría tener que repetir referencias a los acuerdos y las declaraciones unilaterales en cada uno de los proyectos de artículo que siguieran. Indicó que en los informes ulteriores se propondría un conjunto de normas para las diferentes categorías de sucesión y no se sustituiría una norma general sobre la no sucesión por una norma general sobre la sucesión.

251. Asimismo, el Relator Especial manifestó su apoyo a las propuestas de incluir un proyecto de artículo explícito sobre la naturaleza subsidiaria de los artículos y de reflejar plenamente en el proyecto de artículo 4 los trabajos anteriores de la Comisión sobre los Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas.

252. En cuanto a la forma final que debe adoptar el tema, el Relator Especial reafirmó su preferencia por un proyecto de artículos y observó que el tema incluiría la codificación y el desarrollo de nuevas normas. Indicó que la experiencia con las Convenciones de Viena de 1978 y 1983 ponía de manifiesto que los Estados podían recurrir a los principios recogidos en las convenciones para la sucesión, aun cuando no estuvieran en vigor. La naturaleza subsidiaria de las normas permitiría que hubiera flexibilidad suficiente para las distintas situaciones.

Capítulo X

Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados

A. Introducción

253. En su 65º período de sesiones (2013), la Comisión decidió incluir el tema “Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados” en su programa de trabajo, y nombró Relatora Especial para el tema a la Sra. Marie G. Jacobsson⁸²⁹.

254. La Comisión recibió y examinó tres informes entre sus períodos de sesiones 66º (2014) y 68º (2016)⁸³⁰. En su 66º período de sesiones (2014), la Comisión examinó el informe preliminar de la Relatora Especial⁸³¹. En su 67º período de sesiones (2015), la Comisión examinó el segundo informe de la Relatora Especial⁸³² y tomó nota de los proyectos de disposiciones introductorias y los proyectos de principio aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción, que fueron ulteriormente reenumerados y revisados por razones técnicas por el Comité de Redacción en el 68º período de sesiones⁸³³. Así, la Comisión aprobó provisionalmente, en ese período de sesiones, los proyectos de principio 1, 2, 5, 9, 10, 11, 12 y 13, con sus comentarios⁸³⁴. En el 68º período de sesiones, la Comisión también examinó el tercer informe de la Relatora Especial⁸³⁵ y tomó nota de los proyectos de principio 4, 6 a 8, y 14 a 18 aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción⁸³⁶, si bien no aprobó provisionalmente ningún comentario.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

255. En el actual período de sesiones, la Comisión no tuvo ante sí ningún informe sobre el tema, dado que la Relatora Especial ya no era miembro de la Comisión. En su 3375ª sesión, celebrada el 14 de julio de 2017, la Comisión decidió establecer un Grupo de Trabajo sobre el tema y nombró presidente de este al Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez.

256. El Grupo de Trabajo celebró dos sesiones, los días 26 y 27 de julio de 2017. Tuvo ante sí los proyectos de comentario preparados por la Relatora Especial, aun cuando ya no era miembro de la Comisión, a los proyectos de principio 4, 6 a 8 y 14 a 18, que habían sido aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en el 68º período de sesiones y de los que la Comisión había tomado nota en ese mismo período de sesiones.

257. Las deliberaciones del Grupo de Trabajo se centraron en el examen del camino a seguir en relación con el tema. El Grupo de Trabajo expresó su profundo reconocimiento a la anterior Relatora Especial por su notable contribución al tema.

258. El Grupo de Trabajo insistió en la importancia del tema, y observó en particular el continuo interés manifestado al respecto por los Estados y por otros órganos, como el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Comité Internacional de la Cruz Roja. En este sentido, el Grupo de Trabajo señaló que ya se había realizado una labor

⁸²⁹ La decisión se adoptó en la 3171ª sesión de la Comisión, celebrada el 28 de mayo de 2013 (véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10)*, párr. 167). Para consultar la sinopsis del tema, véase *ibid.*, *sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/66/10)*, anexo E.

⁸³⁰ [A/CN.4/674](#) y [Corr.1](#) (informe preliminar), [A/CN.4/685](#) (segundo informe) y [A/CN.4/700](#) (tercer informe).

⁸³¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10)*, párrs. 186 a 222.

⁸³² *Ibid.*, *septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/70/10)*, párrs. 130 a 170.

⁸³³ [A/CN.4/L.870](#) y [A/CN.4/L.870/Rev.1](#).

⁸³⁴ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/71/10)*, párr. 188.

⁸³⁵ *Ibid.*, párrs. 139 a 189.

⁸³⁶ [A/CN.4/L.876](#).

sustancial sobre el tema y subrayó la necesidad de concluir, mantener y tomar como base los trabajos realizados hasta el momento. El Grupo de Trabajo hizo hincapié en la necesidad de mantener el impulso en la labor sobre el tema.

259. El Grupo de Trabajo observó que, además de aspectos relacionados con los proyectos de principio, como la armonización, la terminología, la cobertura de lagunas y la estructura general del texto, así como la conclusión de los proyectos de comentario, había otros ámbitos que podían seguir examinándose. En este sentido, se hizo referencia, entre otras cosas, a las cuestiones de la complementariedad con otras ramas relevantes del derecho internacional, como el derecho ambiental internacional, la protección del medio ambiente en situaciones de ocupación, cuestiones relacionadas con la responsabilidad en sentido general (“responsibility”) y la responsabilidad en razón de una obligación (“liability”), la responsabilidad de los actores no estatales, y la aplicación general del proyecto de principios a conflictos armados que no tengan carácter internacional.

260. Así pues, el Grupo de Trabajo consideró que lo más apropiado era recomendar que la Comisión nombrara un nuevo Relator Especial para el tema, a ser posible en el actual período de sesiones, para que ayudara a concluir de manera satisfactoria la labor sobre el tema.

261. En su 3385ª sesión, celebrada el 2 de agosto de 2017, la Comisión recibió el informe oral del Presidente del Grupo de Trabajo.

262. Tras la celebración de consultas en la Mesa y entre los miembros, la Comisión decidió, en su 3389ª sesión, que tuvo lugar el 4 de agosto de 2017, nombrar Relatora Especial a la Sra. Marja Lehto.

Capítulo XI

Otras decisiones y conclusiones de la Comisión

A. La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado

263. En su 3354ª sesión, celebrada el 9 de mayo de 2017, la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema “La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado” y nombrar Relator Especial al Sr. Pavel Šturma.

B. Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión y su documentación

264. En su 3350ª sesión, celebrada el 3 de mayo de 2017, la Comisión estableció un Grupo de Planificación para el período de sesiones en curso.

265. El Grupo de Planificación celebró cinco sesiones. Tuvo ante sí la sección H del resumen por temas de los debates celebrados en la Sexta Comisión de la Asamblea General durante su septuagésimo primer período de sesiones, titulada “Otras decisiones y conclusiones de la Comisión”; la resolución 71/140 de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 2016, relativa al informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 68º período de sesiones, y la resolución 71/148 de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 2016, sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional.

1. Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo

266. En su segunda sesión, celebrada el 9 de mayo de 2017, el Grupo de Planificación decidió establecer el Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo, bajo la Presidencia del Sr. Mahmoud D. Hmoud. En su quinta sesión, celebrada el 28 de julio de 2017, el Presidente del Grupo de Trabajo presentó al Grupo de Planificación un informe oral sobre la labor llevada a cabo por el Grupo de Trabajo en el actual período de sesiones.

267. En el período de sesiones actual, la Comisión, siguiendo la recomendación del Grupo de Trabajo, decidió recomendar la inclusión en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión de los siguientes temas: a) principios generales del derecho; y b) la prueba ante las cortes y tribunales internacionales. Para seleccionar los temas, la Comisión se guió por la recomendación que hizo en su 50º período de sesiones (1998) en cuanto a los criterios para la selección de los temas, a saber: a) que el tema reflejara las necesidades de los Estados respecto del desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional; b) que el tema estuviera en una etapa suficientemente avanzada en cuanto a la práctica de los Estados para permitir el desarrollo progresivo y la codificación; y c) que el tema fuera concreto y viable para el desarrollo progresivo y la codificación. La Comisión convino además en que no debería limitarse a los temas tradicionales, sino que también podría examinar los que representaran la evolución del derecho internacional e inquietudes apremiantes de la comunidad internacional en general. La Comisión consideró que esos dos temas constituyen aportaciones útiles al desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación. Los resúmenes de los dos temas seleccionados aparecen como anexos A y B del presente informe.

2. Programa de trabajo de la Comisión para el resto del quinquenio

268. La Comisión recordó la decisión adoptada en 2011 de que el Grupo de Planificación debía colaborar con los relatores especiales en la tarea de definir, al inicio de cada nuevo tema, un calendario provisional para el desarrollo del tema durante el número de años que fuese necesario y revisar periódicamente que los objetivos anuales de ese calendario se

habían cumplido, actualizándolo cuando procediera⁸³⁷. La Comisión recordó también que era habitual al comienzo de cada quinquenio preparar el programa de trabajo de la Comisión para el resto del quinquenio, fijando en términos generales los objetivos previstos respecto de cada tema tomando como base las indicaciones de los relatores especiales. La Comisión entiende que el programa de trabajo tiene carácter provisional, dado que la naturaleza y la complejidad de la labor impiden hacer predicciones exactas con antelación.

Programa de trabajo (2018-2021)

a) Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado

2018

Sexto informe: examen de las salvaguardias y disposiciones procesales aplicables.

Finalización del proyecto de artículos en primera lectura.

2020

Séptimo (y último) informe: examen, entre otras cosas, de los comentarios recibidos de los Gobiernos y posibles modificaciones del proyecto de artículos aprobado en primera lectura en 2018.

Finalización del proyecto de artículos en segunda lectura.

b) Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados

2018

Quinto (y último) informe: examen, entre otras cosas, de los comentarios recibidos de los Gobiernos y posibles modificaciones del proyecto de conclusiones aprobado en primera lectura en 2016.

Finalización del proyecto de conclusiones en segunda lectura.

c) Aplicación provisional de los tratados

2018

Quinto informe: propuesta de cláusulas modelo y proyectos de directriz adicionales.

Finalización del proyecto de directrices en primera lectura.

2020

Sexto (y último) informe: examen, entre otras cosas, de los comentarios recibidos de los Gobiernos y posibles modificaciones del proyecto de directrices aprobado en primera lectura en 2018.

Finalización del proyecto de directrices en segunda lectura.

d) Identificación del derecho internacional consuetudinario

2018

Quinto (y último) informe: examen, entre otras cosas, de los comentarios recibidos de los Gobiernos y posibles modificaciones del proyecto de conclusiones aprobado en primera lectura en 2016.

Finalización del proyecto de conclusiones en segunda lectura.

⁸³⁷ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/66/10)*, párr. 378.

Consideración del memorando de la Secretaría sobre los medios para hacer más fácilmente asequible la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario: análisis de la situación actual de la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario y sugerencias de mejoras. Las recomendaciones al respecto serían formuladas por la Comisión durante su período de sesiones de 2018 o, en su caso, en 2019.

e) Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados

2018

Primer informe: determinación de las cuestiones que van a examinarse por el nuevo Relator Especial. Finalización de los comentarios a los proyectos de principios aprobados por el Comité de Redacción de los que la Comisión tomó nota en 2016.

2019

Segundo informe y finalización del proyecto de principios en primera lectura.

2021

Tercer (y último) informe: examen, entre otras cosas, de los comentarios recibidos de los Gobiernos y posibles modificaciones del proyecto de principios aprobado en primera lectura en 2019.

Finalización del proyecto de principios en segunda lectura.

f) Protección de la atmósfera

2018

Quinto informe: análisis de la aplicación, el cumplimiento y el arreglo de controversias.

Finalización del proyecto de directrices en primera lectura.

2020

Sexto (y último) informe: examen, entre otras cosas, de los comentarios recibidos de los Gobiernos y posibles modificaciones del proyecto de directrices aprobado en primera lectura.

Finalización del proyecto de directrices en segunda lectura.

g) Crímenes de lesa humanidad

2019

Cuarto (y último) informe: examen, entre otras cosas, de los comentarios recibidos de los Gobiernos, las organizaciones internacionales y otros interesados, y posibles modificaciones del proyecto de artículos aprobado en primera lectura en 2017.

Finalización del proyecto de artículos en segunda lectura.

h) Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)

2018

Tercer informe: análisis de las consecuencias.

2019

Cuarto informe: análisis de cuestiones varias.

Finalización del proyecto de conclusiones en primera lectura.

2021

Quinto (y último) informe: examen, entre otras cosas, de los comentarios recibidos de los Gobiernos y posibles modificaciones del proyecto de conclusiones aprobado en primera lectura.

Finalización del proyecto de conclusiones en segunda lectura.

i) La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado**2018**

Segundo informe: análisis de las cuestiones de la transmisión de obligaciones dimanantes de los hechos internacionalmente ilícitos del Estado predecesor, distinguiendo entre los casos en que el Estado predecesor ha desaparecido (disolución, unificación) y los casos en que el Estado predecesor sigue existiendo (transferencia territorial, secesión, Estados de reciente independencia).

2019

Tercer informe: especial atención a la transmisión de derechos o reclamaciones de un Estado predecesor lesionado al Estado sucesor.

2020

Cuarto informe: análisis de cuestiones procesales y varias, como la pluralidad de Estados sucesores y la cuestión de la responsabilidad compartida, y la posible aplicación de las normas sobre la sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado respecto de organizaciones internacionales lesionadas o personas físicas lesionadas.

Finalización del proyecto de artículos en primera lectura o, a más tardar, en 2021.

3. Examen de la resolución 71/148 de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 2016, sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional

269. La Asamblea General, en su resolución 71/148, de 13 de diciembre de 2016, sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional, entre otras cosas, reiteró a la Comisión su invitación a que, en su informe a la Asamblea General, formulara observaciones sobre sus funciones actuales en la promoción del estado de derecho. Desde su 60º período de sesiones (2008), la Comisión ha venido formulando observaciones anualmente sobre su papel en la promoción del estado de derecho. La Comisión pone de manifiesto que las observaciones que figuran en los párrafos 341 a 346 de su informe de 2008⁸³⁸ siguen siendo pertinentes y reitera las formuladas en sus períodos de sesiones anteriores⁸³⁹.

270. La Comisión recuerda que el estado de derecho constituye la esencia de su labor. El propósito de la Comisión, tal como se establece en el artículo 1 de su Estatuto, es la promoción del desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación.

271. Teniendo presente en toda su labor el principio del estado de derecho, la Comisión es plenamente consciente de la importancia de la aplicación del derecho internacional en el plano nacional y su propósito es promover el respeto del estado de derecho en el plano internacional.

⁸³⁸ *Ibid.*, sexagésimo tercero período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/63/10).

⁸³⁹ *Ibid.*, sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/64/10), párr. 231; *ibid.*, sexagésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/65/10), párrs. 390 a 393; *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/66/10), párrs. 392 a 398; *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/67/10), párrs. 274 a 279; *ibid.*, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10), párrs. 171 a 179; *ibid.*, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10), párrs. 273 a 280; *ibid.*, septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/70/10), párrs. 288 a 295, e *ibid.*, septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/71/10), párrs. 314 a 322.

272. En cumplimiento de su mandato en relación con el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, la Comisión seguirá teniendo en cuenta, cuando proceda, el estado de derecho como principio de gobernanza y los derechos humanos que son fundamentales para el estado de derecho, como se refleja en el preámbulo y en el Artículo 13 de la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración de la Reunión de Alto Nivel de la Asamblea General sobre el Estado de Derecho en los Planos Nacional e Internacional⁸⁴⁰.

273. En su labor actual, la Comisión es consciente de “la estrecha relación entre el estado de derecho y los tres pilares de las Naciones Unidas (paz y seguridad, desarrollo y derechos humanos)”⁸⁴¹, sin hacer hincapié en uno a expensas del otro. En este contexto, la Comisión es conocedora de que la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible reconoce la necesidad de un estado de derecho efectivo y una buena gobernanza a todos los niveles⁸⁴². En cumplimiento de su mandato en relación con el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, la Comisión es consciente de los retos actuales del estado de derecho.

274. Observando que la Asamblea General ha destacado la importancia de fomentar el intercambio de las mejores prácticas nacionales sobre el estado de derecho⁸⁴³, la Comisión desea recordar que gran parte de su labor consiste en recopilar y analizar prácticas nacionales relacionadas con el estado de derecho con miras a evaluar su posible contribución al desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional. En este sentido, la Comisión subraya el valor de las respuestas de los Estados a sus solicitudes.

275. Teniendo presente el papel de los procesos de los tratados multilaterales en la promoción del estado de derecho⁸⁴⁴, la Comisión recuerda que su labor en relación con diferentes temas ha dado lugar a varios procesos de tratados multilaterales y a la aprobación de una serie de estos tratados⁸⁴⁵.

276. La Comisión celebra la decisión de la Asamblea General de elegir el tema “Medios de seguir divulgando el derecho internacional para reforzar el estado de derecho” para el debate temático de la Sexta Comisión en 2017. En este sentido, la Comisión recuerda que ha pedido a la Secretaría que prepare un memorando sobre los medios para hacer más fácilmente asequible la prueba relativa al derecho internacional consuetudinario, en el que se analice la situación actual de la prueba del derecho internacional consuetudinario y se hagan propuestas para su mejora.

277. En el curso del actual período de sesiones, la Comisión ha seguido aportando su contribución al estado de derecho, entre otras cosas mediante su labor sobre los temas siguientes: “Crímenes de lesa humanidad” (aprobado en primera lectura en el actual período de sesiones), “Aplicación provisional de los tratados”, “Protección de la atmósfera”, “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”, “Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)” y “Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados”. La Comisión ha empezado el examen de un nuevo tema: “La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado”. Los otros temas que están en el programa actual de trabajo de la Comisión son: “Identificación del derecho internacional consuetudinario” y “Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados” (ambos aprobados en primera lectura en el anterior período de sesiones de la Comisión).

⁸⁴⁰ Resolución 67/1 de la Asamblea General, de 30 de noviembre de 2012 relativa a la Declaración de la Reunión de Alto Nivel de la Asamblea General sobre el Estado de Derecho en los Planos Nacional e Internacional, párr. 41.

⁸⁴¹ Informe del Secretario General sobre la evaluación de la eficacia del apoyo del sistema de las Naciones Unidas a la promoción del estado de derecho en situaciones de conflicto y posteriores a los conflictos, S/2013/341, 11 de junio de 2013, párr. 70.

⁸⁴² Resolución 70/1 de la Asamblea General, de 21 de octubre de 2015, párr. 35.

⁸⁴³ Resolución 71/148 de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 2016, párrs. 15 y 21.

⁸⁴⁴ *Ibid.*, párr. 8.

⁸⁴⁵ Véase, de manera más específica, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/70/10)*, párr. 294.

278. La Comisión reitera su compromiso con el estado de derecho en todas sus actividades.

4. Celebración del 70º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional

279. En su segunda sesión, celebrada el 9 de mayo de 2017, el Grupo de Planificación estableció un grupo asesor⁸⁴⁶ encargado de la celebración del 70º aniversario de la Comisión. El grupo asesor seguirá trabajando entre períodos de sesiones, junto con la Secretaría, en la organización de actos conmemorativos.

280. La Comisión recomienda que en la primera parte de su 70º período de sesiones, que se celebrará en Nueva York:

a) Tenga lugar una sesión solemne de la Comisión, de medio día de duración, el 21 de mayo de 2018, a la que se invite a dignatarios de alto nivel, entre ellos el Presidente de la Asamblea General, el Secretario General de las Naciones Unidas y el Presidente de la Corte Internacional de Justicia.

b) Tenga lugar una sesión informal, de medio día de duración, también el 21 de mayo de 2018, con los delegados de la Sexta Comisión de la Asamblea General, para intercambiar opiniones acerca de la labor de la Comisión de Derecho Internacional, la relación entre esta y la Sexta Comisión, y el papel de ambos órganos en la promoción del desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional.

c) Se organice, en la segunda parte de su 70º período de sesiones, en Ginebra, una conferencia de un día y medio de duración, los días 5 y 6 de julio, con asesores jurídicos de Estados y organizaciones internacionales, representantes del mundo académico y otros destacados juristas internacionales, dedicada a la labor de la Comisión. La conferencia iría precedida de una sesión inaugural de alto nivel a la que se invitaría a dignatarios de alto nivel.

281. Los actos conmemorativos se organizarían bajo el siguiente lema: “70 años de la Comisión de Derecho Internacional: haciendo balance para el futuro”.

5. Honorarios

282. La Comisión reitera su opinión, expresada en informes anteriores, sobre la cuestión de los honorarios, planteada a raíz de la aprobación por la Asamblea General de su resolución 56/272, de 27 de marzo de 2002⁸⁴⁷. La Comisión insiste en que esa resolución afecta especialmente a los relatores especiales, ya que compromete el apoyo a su labor de investigación.

⁸⁴⁶ El Grupo Asesor estuvo integrado por: el Presidente de la Comisión, el Presidente del Grupo de Planificación, el Sr. Yacouba Cissé, el Sr. Shinya Murase y el Sr. Pavel Šturma.

⁸⁴⁷ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/57/10)*, párrs. 525 a 531; *ibid.*, *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/58/10)*, párr. 447; *ibid.*, *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/59/10)*, párr. 369; *ibid.*, *sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/60/10)*, párr. 501; *ibid.*, *sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/61/10)*, párr. 269; *ibid.*, *sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/62/10)*, párr. 379; *ibid.*, *sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/63/10)*, párr. 358; *ibid.*, *sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/64/10)*, párr. 240; *ibid.*, *sexagésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/65/10)*, párr. 396; *ibid.*, *sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/66/10)*, párr. 399; *ibid.*, *sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/67/10)*, párr. 280; *ibid.*, *sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10)*, párr. 181; *ibid.*, *sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10)*, párr. 281; *ibid.*, *septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/70/10)*, párr. 299; e *ibid.*, *septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10, (A/71/10)*, párr. 333.

6. Grupo de Trabajo sobre los métodos de trabajo de la Comisión

283. En su primera sesión, celebrada el 3 de mayo de 2017, el Grupo de Planificación decidió establecer un Grupo de Trabajo sobre los métodos de trabajo de la Comisión, bajo la Presidencia del Sr. Hussein Hassouna⁸⁴⁸. En su quinta sesión, celebrada el 28 de julio de 2017, el Presidente del Grupo de Trabajo presentó al Grupo de Planificación un informe oral sobre la labor llevada a cabo por el Grupo de Trabajo en el actual período de sesiones. El Grupo de Planificación tomó nota del informe oral.

7. Documentación y publicaciones

284. La Comisión subraya la naturaleza única de su forma de actuar en el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, en el sentido de que concede especial relevancia a la práctica de los Estados y a las decisiones de los tribunales nacionales e internacionales cuando tratan cuestiones de derecho internacional. La Comisión reitera la importancia de aportar y facilitar todas las pruebas de la práctica de los Estados y otras fuentes de derecho internacional pertinentes para el desempeño del cometido de la Comisión. Los informes de sus relatores especiales requieren una presentación adecuada de los precedentes y de otros datos relevantes, como tratados, resoluciones judiciales y doctrina, así como un análisis exhaustivo de las cuestiones que se examinan. La Comisión desea subrayar que tanto la propia Comisión como sus relatores especiales son plenamente conscientes de la necesidad de ahorrar siempre que sea posible en el volumen general de documentación y seguirá teniendo presentes esas consideraciones. Si bien la Comisión es consciente de las ventajas de ser lo más conciso posible, reitera su firme convencimiento de que no puede limitarse *a priori* la extensión de los documentos y los proyectos de investigación relacionados con la labor de la Comisión. De ahí que no se pueda pedir a los relatores especiales que reduzcan la longitud de sus informes una vez han sido presentados a la Secretaría, con independencia de las estimaciones que esta hubiera hecho de su extensión antes de la presentación. Los límites de palabras no son aplicables a la documentación de la Comisión, como ha reiterado sistemáticamente la Asamblea General⁸⁴⁹. La Comisión también subrayó la importancia de que los relatores especiales preparen sus informes en el plazo fijado y los envíen a la Secretaría para su tramitación y remisión a la Comisión con antelación suficiente, al objeto de que estos se publiquen en todos los idiomas oficiales, a ser posible cuatro semanas antes del inicio de la parte correspondiente del período de sesiones de la Comisión. Al respecto, la Comisión reiteró su petición de que: a) los relatores especiales presenten sus informes en los plazos fijados por la Secretaría; y b) la Secretaría siga velando por que la documentación oficial de la Comisión se publique oportunamente en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas.

285. La Comisión reiteró su reconocimiento de la especial relevancia y el notable valor que tienen para la labor de la Comisión las publicaciones jurídicas preparadas por la Secretaría⁸⁵⁰. La Comisión tomó nota con aprecio de los esfuerzos de la Secretaría para reanudar la maquetación electrónica, que en el pasado había mejorado enormemente la distribución de las publicaciones para la Comisión en los plazos establecidos, a pesar de las limitaciones derivadas de la falta de recursos. La Comisión expresó su agradecimiento por

⁸⁴⁸ El Grupo de Trabajo estaba integrado por el Sr. Hussein A. Hassouna (Presidente), el Sr. Yacouba Cissé, la Sra. Concepción Escobar Hernández, la Sra. Patricia Galvão Teles, el Sr. Claudio Grossman Guiloff, el Sr. Charles Chernor Jalloh, la Sra. Marja Lehto, el Sr. Shinya Murase, el Sr. Sean D. Murphy, el Sr. Hong Thao Nguyen, el Sr. Georg Nolte, la Sra. Niliüfer Oral, el Sr. Hassan Ouazzani Chahdi, el Sr. Ki Gab Park, el Sr. Aniruddha Rajput, el Sr. August Reinish, el Sr. Juan José Ruda Santolaria, el Sr. Pavel Šturma, el Sr. Dire D. Tladi, el Sr. Eduardo Valencia-Ospina, el Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez y Sir Michael Wood.

⁸⁴⁹ Para consideraciones relativas al límite de páginas de los informes de los relatores especiales, véanse, por ejemplo, *Anuario...*, 1977, vol. II (segunda parte), pág. 133, y *Anuario...*, 1982, vol. II (segunda parte), págs. 133 y 134. Véanse también la resolución 32/151 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1977, párr. 10, y la resolución 37/111 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 1982, párr. 5, así como resoluciones posteriores relativas a los informes anuales de la Comisión a la Asamblea General.

⁸⁵⁰ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/62/10)*, párrs. 387 a 395. Véase también *ibid.*, *sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10)*, párr. 185.

la publicación al inicio del presente quinquenio de la novena edición de *La Comisión de Derecho Internacional y su obra*, una herramienta esencial en la labor de la Comisión, e instó a que estuviera disponible en breve en los diversos idiomas oficiales.

286. La Comisión reiteró su firme convencimiento de que las actas resumidas de la Comisión, que constituyen trabajos preparatorios indispensables para el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, no pueden ser objeto de restricciones arbitrarias de su longitud. La Comisión observó con satisfacción una vez más que las medidas implantadas en su 65º período de sesiones (2013) para racionalizar la preparación de las actas resumidas de la Comisión habían dado lugar a una remisión más expeditiva de las versiones en francés y en inglés a los miembros de la Comisión, para que realizaran los cambios que procedieran, y a su pronta publicación. La Comisión pidió a la Secretaría que reanudara la práctica de preparar las actas resumidas en francés y en inglés y siguiera esforzándose por mantener las medidas en cuestión a fin de asegurar la remisión expeditiva de las actas provisionales a los miembros de la Comisión. También celebró que los nuevos métodos de trabajo hubieran permitido una utilización más racional de los recursos y pidió a la Secretaría que prosiguiera sus esfuerzos por facilitar la preparación de las actas definitivas en todos los idiomas oficiales, sin poner en peligro su integridad.

287. La Comisión expresó su agradecimiento a todos los servicios que habían intervenido en la tramitación de su documentación, tanto en Ginebra como en Nueva York, por sus esfuerzos para lograr la tramitación oportuna y eficiente de la documentación de la Comisión, a menudo con plazos ajustados. Hizo hincapié en que la tramitación oportuna y eficiente de la documentación era esencial para que la labor de la Comisión se llevara a cabo de manera fluida.

288. La Comisión reafirmó su compromiso con el multilingüismo y recuerda la importancia primordial que se da en su labor a la igualdad de los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas, como se destaca en la resolución 69/324 de la Asamblea General, de 11 de septiembre de 2015.

289. La Comisión expresó su reconocimiento a la Biblioteca de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, que sigue prestando asistencia a los miembros de la Comisión con eficiencia y competencia.

8. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*

290. La Comisión reiteró que el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* era crucial para entender la labor de la Comisión en relación con el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, así como en relación con el fortalecimiento del estado de derecho en las relaciones internacionales. La Comisión tomó nota de que la Asamblea General, en su resolución 71/140, expresó su reconocimiento a los Gobiernos que habían realizado contribuciones voluntarias al Fondo Fiduciario para eliminar el retraso en la publicación del *Anuario* y alentó a que se hicieran nuevas contribuciones al Fondo.

291. La Comisión recomienda que la Asamblea General, al igual que en su resolución 71/140, exprese su satisfacción por los notables avances logrados en los últimos años en la eliminación del retraso en la publicación del *Anuario* en los seis idiomas oficiales y acoja con beneplácito los esfuerzos realizados por la División de Gestión de Conferencias de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, especialmente su Sección de Edición, para hacer efectivo el cumplimiento de las resoluciones pertinentes de la Asamblea General en que se pide que se reduzca el retraso; y que aliente a la División de Gestión de Conferencias a que siga prestando todo el apoyo necesario para que la Sección de Edición avance con el *Anuario*.

9. *Asistencia de la División de Codificación*

292. La Comisión expresó su agradecimiento por la valiosa asistencia de la División de Codificación de la Secretaría en la prestación de servicios sustantivos a la Comisión, así como por la continua asistencia a los relatores especiales y la preparación de estudios de investigación minuciosos sobre aspectos relacionados con los temas que están siendo examinados, de conformidad con las solicitudes de la Comisión. En particular, la Comisión

expresó su agradecimiento a la Secretaría por la preparación de un memorando sobre la aplicación provisional de los tratados (A/CN.4/707).

10. Sitios web

293. La Comisión expresó su profundo reconocimiento a la Secretaría por el sitio web sobre la labor de la Comisión y celebró que siguiera actualizándolo⁸⁵¹. Reiteró que ese y otros sitios web gestionados por la División de Codificación⁸⁵² constituyen un recurso inestimable para la Comisión, así como para el círculo más amplio de especialistas que investigan sobre la labor de la Comisión, lo que contribuye a potenciar en general la enseñanza, el estudio y la difusión del derecho internacional y a lograr que se valore en mayor medida. La Comisión celebró que en el sitio web sobre la labor de la Comisión figurase información sobre el estado actual de los temas del programa de la Comisión, así como enlaces a versiones preliminares de las actas resumidas de la Comisión y a las grabaciones de las sesiones del pleno de la Comisión.

11. Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de las Naciones Unidas

294. La Comisión observó con reconocimiento una vez más el extraordinario valor de la Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de las Naciones Unidas para promover un mejor conocimiento del derecho internacional y de la labor de las Naciones Unidas en este ámbito, incluidos los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional.

C. Fecha y lugar de celebración del 70º período de sesiones de la Comisión

295. La Comisión decidió que el 70º período de sesiones de la Comisión se celebre en Nueva York, del 30 de abril al 1 de junio, y en Ginebra, del 2 de julio al 10 de agosto de 2018.

D. Cooperación con otros órganos

296. En la 3380ª sesión, celebrada el 25 de julio de 2017, el Magistrado Abraham, Presidente de la Corte Internacional de Justicia, hizo uso de la palabra e informó a la Comisión de las recientes actividades judiciales de la Corte⁸⁵³. A continuación hubo un intercambio de opiniones.

297. El Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público del Consejo de Europa estuvo representado en el actual período de sesiones de la Comisión por la Presidenta del Comité, Sra. Päivi Kaukoranta, y la Jefa de la División de Derecho Internacional Público y la Oficina de Tratados de la Dirección de Asesoramiento Jurídico y Derecho Internacional Público y Secretaria del Comité, Sra. Marta Requena, quienes hicieron uso de la palabra ante la Comisión en la 3371ª sesión, celebrada el 6 de julio de 2017⁸⁵⁴. Las oradoras centraron sus intervenciones en las actividades actuales del Comité en el ámbito del derecho internacional público, así como en las del Consejo de Europa. A continuación hubo un intercambio de opiniones.

298. La Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana estuvo representada en el actual período de sesiones de la Comisión por la Sra. Juliet Kalema, miembro de dicha Comisión, y la Sra. Hajer Gueldich, su Relatora General, quienes estuvieron acompañadas por el Sr. Adewale Iyanda, Jefe Interino de la secretaría y Oficial Jurídico Superior. La Sra. Kalema y la Sra. Gueldich hicieron uso de la palabra ante la Comisión en la 3376ª sesión, celebrada el 18 de julio de 2017⁸⁵⁵. Presentaron un panorama general de las actividades de la Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana en relación con

⁸⁵¹ En <http://legal.un.org/ilc>.

⁸⁵² En general, puede consultarse en <http://legal.un.org/cod/>.

⁸⁵³ La intervención se recoge en el acta resumida de esa sesión.

⁸⁵⁴ Las intervenciones se recogen en el acta resumida de esa sesión.

⁸⁵⁵ *Idem*.

diversas cuestiones jurídicas de las que ha venido ocupándose esta desde su creación. A continuación hubo un intercambio de opiniones.

299. La Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana estuvo representada en el actual período de sesiones de la Comisión por su Secretario General, Sr. Kennedy Gastorn, quien hizo uso de la palabra ante la Comisión en la 3377ª sesión, celebrada el 19 de julio de 2017. El orador informó a la Comisión sobre la Organización y presentó un panorama general de los debates mantenidos en ella en su 56º período de sesiones anual celebrado en Nairobi del 1 al 5 de mayo de 2017, que se centró, entre otras cosas, en tres temas del programa de trabajo de la Comisión, a saber, “Protección de la atmósfera”, “*Ius cogens*” e “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”. A continuación hubo un intercambio de opiniones.

300. El Comité Jurídico Interamericano estuvo representado en el actual período de sesiones de la Comisión por su Presidente, Sr. Hernán Salinas, quien hizo uso de la palabra ante la Comisión en la 3379ª sesión, celebrada el 21 de julio de 2017⁸⁵⁶. El orador presentó un panorama general de las actividades del Comité en relación con diversas cuestiones jurídicas, centrándose en particular en el período comprendido entre 2016 y 2017. A continuación hubo un intercambio de opiniones.

301. El 11 de julio de 2017 tuvo lugar un intercambio informal de opiniones entre miembros de la Comisión y del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) sobre temas de interés mutuo. Tras las intervenciones de la Sra. Christine Beerli, Vicepresidenta del CICR, el Sr. Knut Dörmann, Oficial Jurídico Principal y Jefe de la División Jurídica del CICR, y el Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Vicepresidente de la Comisión, hubo exposiciones sobre los temas “Crímenes de lesa humanidad”, a cargo del Sr. Sean D. Murphy, e “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”, a cargo de la Sra. Concepción Escobar Hernández. También hubo una exposición sobre “Las consideraciones jurídicas para los Estados que apoyan a las partes en un conflicto armado” a cargo del Sr. David Turk, Asesor Jurídico de la Unidad de Operaciones del CICR, y otra sobre “Los comentarios del CICR a los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales: información actualizada sobre el proyecto, prestando especial atención al derecho penal internacional, la jurisdicción universal y las inmunidades” a cargo de la Sra. Eve La Haye, Asesora Jurídica de la Unidad de Actualización de Comentarios de la División Jurídica del CICR. Después de las exposiciones tuvo lugar un debate. Para concluir, la Sra. Helen Durham, Directora del Departamento de Derecho Internacional y Políticas Humanitarias del CICR pronunció unas palabras.

E. Representación en el septuagésimo segundo período de sesiones de la Asamblea General

302. La Comisión decidió que en el septuagésimo segundo período de sesiones de la Asamblea General estaría representada por su Presidente, el Sr. Georg Nolte.

F. Seminario de Derecho Internacional

303. De conformidad con la resolución 71/140 de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 2016, el 53º período de sesiones del Seminario de Derecho Internacional se celebró en el Palacio de las Naciones, del 3 al 21 de julio de 2017, durante el actual período de sesiones de la Comisión. El Seminario está dirigido a juristas jóvenes que se especializan en derecho internacional, así como a jóvenes profesores o funcionarios cuyo propósito es hacer carrera en el mundo académico, diplomático o funcional.

304. Asistieron al período de sesiones 23 participantes, de diferentes nacionalidades, procedentes de todas las regiones del mundo⁸⁵⁷. Los participantes en el Seminario asistieron

⁸⁵⁶ *Idem.*

⁸⁵⁷ Los participantes en el Seminario fueron los siguientes: Sra. Nour Al Saud (Arabia Saudita), Sra. Onesis Bolaño Prada (Cuba), Sra. Xinling Mary-Elisabeth Chong (Singapur), Sra. Paula Cortés (Chile), Sra. Duangpon Darongsuwan (Tailandia), Sra. Alero Itohan Fenemigho (Nigeria),

a las sesiones plenarias de la Comisión y a conferencias organizadas especialmente para ellos, y participaron en grupos de trabajo sobre temas específicos.

305. Declaró abierto el Seminario el Presidente de la Comisión, Sr. Georg Nolte. El Sr. Markus Schmidt, Asesor Jurídico Superior de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, se encargó de la administración, organización y dirección del Seminario y desempeñó las funciones de Director de este. La coordinación científica del Seminario estuvo a cargo de la Universidad de Ginebra. El Sr. Vittorio Mainetti, experto en derecho internacional de la Universidad de Ginebra, se encargó de la coordinación, con la colaboración del Sr. Alessandro Mario Amoroso y de la Sra. Yusra Suedi, asistentes jurídicos.

306. Los miembros de la Comisión que figuran a continuación pronunciaron las siguientes conferencias: “La Comisión de Derecho Internacional vista desde dentro” a cargo del Sr. Eduardo Valencia-Ospina; “La libertad de expresión en el hemisferio occidental” a cargo del Sr. Claudio Grossman Guiloff; “La delimitación de fronteras marítimas” a cargo del Sr. Yacouba Cissé; “El principio de la jurisdicción universal” a cargo del Sr. Charles Chernor Jalloh; “La Comisión de Derecho Internacional vista desde fuera” a cargo de la Sra. Patricia Galvão Teles; “Identificación del derecho internacional consuetudinario” a cargo de Sir Michael Wood; “Protección de la atmósfera” a cargo del Sr. Shinya Murase; “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado” a cargo de la Sra. Concepción Escobar Hernández; “Crímenes de lesa humanidad” a cargo del Sr. Sean D. Murphy; “*Ius cogens*” a cargo del Sr. Dire D. Tladi; “La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado” a cargo del Sr. Pavel Šturma, y “Aplicación provisional de los tratados” a cargo del Sr. Juan Manuel Gómez-Robledo.

307. La Sra. Jelena Pejic, Asesora Jurídica Superior de la División Jurídica del CICR, pronunció una conferencia sobre el tema “Desafíos del derecho internacional humanitario”.

308. Los participantes también asistieron a un taller organizado por la Universidad de Ginebra sobre el tema “Expertos en derecho internacional”. Realizaron intervenciones los siguientes oradores: la Sra. Laurence Boisson de Chazournes, Profesora de la Universidad de Ginebra; el Sr. Makane M. Mbengue, Profesor de Derecho Internacional de la Universidad de Ginebra; el Sr. Guillaume Gros, Investigador de la Universidad de Ginebra; la Sra. Rukmini Das, Investigadora de la Universidad de Ginebra; la Sra. Mara Tignino, Profesora de la Universidad de Ginebra; la Sra. Danae Azaria, Profesora del University College de Londres; y el Sr. Sean D. Murphy, Profesor de la Universidad George Washington y miembro de la Comisión.

309. Los participantes realizaron una visita a la Organización Internacional del Trabajo (OIT), guiados por el Sr. Remo Becci, Director del Archivo de la OIT, y asistieron a dos conferencias impartidas por el Sr. Dražen Petrović, Secretario del Tribunal Administrativo de la OIT, y el Sr. Georges Politakis, Asesor Jurídico de la OIT. Visitaron asimismo la Organización Mundial del Comercio (OMC), guiados por el Sr. Gerard Penalosa, y asistieron a una ponencia sobre el tema “El proceso de solución de diferencias en la OMC y la jurisprudencia de la OMC en materia de interpretación de los tratados” a cargo del Sr. Graham Cook, de la División de Asuntos Jurídicos de la OMC. Los participantes mantuvieron también un encuentro informal con tres miembros del Órgano de Apelación de la OMC: el Sr. Peter Van Den Bossche, el Sr. Thomas Graham y el Sr. Shree Servansing. Por último, realizaron una visita a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y asistieron a una conferencia sobre el tema “El mandato y

Sra. Coumba Gaye (Senegal), Sr. Artur Gulasarian (Federación de Rusia), Sr. Yuki Hirotsu (Japón), Sra. Nany Hur (República de Corea), Sr. Moise Jean (Haití), Sr. Samuel Matsiko (Uganda), Sr. Georgi Minkov (Bulgaria), Sr. Antonio Morelli (Italia), Sra. Carine Pilo Selangai (Camerún), Sra. Valeria Reyes Menéndez (Perú), Sr. Ahmed Medhat Riad (Egipto), Sra. Verity Robson (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte), Sr. Moritz Rudolf (Alemania), Sra. Dildora Umarchanova (Uzbekistán), Sr. José Villarroel Alarcón (Estado Plurinacional de Bolivia), Sr. Blaise Pascal Zirimwabagabo Migabo (República Democrática del Congo) y Sra. Enyovi Adjo Zohou (Togo). El Comité de Selección, presidido por el Sr. Makane Moïse Mbengue, Profesor de Derecho Internacional de la Universidad de Ginebra, se reunió el 24 de abril de 2017 y seleccionó a 23 candidatos de entre 129 solicitantes.

las actividades del ACNUR” a cargo del Sr. Semih Bulbul, Analista de Programas Superior del ACNUR.

310. Se organizaron dos grupos de trabajo sobre la identificación de nuevos temas para la Comisión y la aclaración del alcance y la aplicación del principio de jurisdicción universal. Cada uno de los participantes fue asignado a uno de los grupos. Dos miembros de la Comisión, la Sra. Patricia Galvão Teles y el Sr. Charles Chernor Jalloh, supervisaron y ofrecieron orientación a los grupos de trabajo. Cada grupo preparó un informe y presentó sus conclusiones en la última sesión de trabajo del Seminario. Una vez compilados, los informes fueron distribuidos a todos los participantes, así como a los miembros de la Comisión.

311. La República y Cantón de Ginebra ofreció su tradicional recepción en el Ayuntamiento de Ginebra, donde los participantes visitaron la sede de las autoridades cantonales y la Sala Alabama, guiados por el Sr. Jean-Luc Chopard, Jefe de Protocolo.

312. El Presidente de la Comisión, el Director del Seminario de Derecho Internacional y la Sra. Paula Cortés, en nombre de los participantes en el Seminario, hicieron uso de la palabra ante la Comisión en la ceremonia de clausura de este. Todos los participantes recibieron un certificado.

313. La Comisión observó con especial reconocimiento que, desde 2015, los Gobiernos de la Argentina, Austria, China, Finlandia, la India, Irlanda, México, el Reino Unido y Suiza habían hecho contribuciones voluntarias al Fondo Fiduciario de las Naciones Unidas para el Seminario de Derecho Internacional. El Circolo di diritto internazionale, una asociación privada para la promoción del derecho internacional con sede en Roma, también hizo una contribución al Seminario. Aunque la crisis financiera de los últimos años había afectado gravemente a los recursos financieros del Seminario, el Fondo Fiduciario aún pudo conceder un número suficiente de becas a candidatos con méritos, en especial procedentes de países en desarrollo, a fin de lograr una distribución geográfica adecuada entre los participantes. En 2017 se concedieron 12 becas.

314. Desde 1965, año en el que se empezó a celebrar, han asistido al Seminario 1.208 participantes de 173 nacionalidades. De ellos, 736 han recibido beca.

315. La Comisión destaca la importancia que concede al Seminario, que permite a juristas jóvenes, especialmente de países en desarrollo, familiarizarse con la labor de la Comisión y con las actividades de las numerosas organizaciones internacionales que tienen su sede en Ginebra. La Comisión recomienda que la Asamblea General haga un nuevo llamamiento a los Estados para que hagan contribuciones voluntarias a fin de que la celebración del Seminario en 2018 cuente con la más amplia participación posible.

Anexos

A. Principios generales del derecho

Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez

1. Introducción

1. Las fuentes son un elemento central de todo el sistema de derecho internacional. La Comisión de Derecho Internacional ha realizado una contribución notable en esta esfera, especialmente en el ámbito del derecho de los tratados¹, que dio lugar a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, así como a otros instrumentos². Esta contribución ha continuado más recientemente con la “Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados” (A/66/10), el proyecto de artículos sobre los “Efectos de los conflictos armados en los tratados” (A/66/10), y, en la actualidad, con su labor sobre los “Acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados”, y sobre la “Aplicación provisional de los tratados”.

2. La Comisión también ha estado trabajando en los últimos años en el derecho internacional consuetudinario, otra fuente principal del derecho internacional. En 2016 aprobó, en primera lectura, un conjunto de conclusiones, con sus comentarios, sobre la “Identificación del derecho internacional consuetudinario”. Se espera que la labor de la Comisión sobre este tema quede concluida, en segunda lectura, en 2018³.

3. En el contexto de otros temas examinados por la Comisión, se ha hecho referencia a los principios generales del derecho⁴. Por ejemplo, en el marco del tema “*Ius cogens*”, incluido en el programa de trabajo actual de la Comisión, se analizan los principios generales del derecho como fuente de las normas imperativas del derecho internacional general⁵.

4. En línea con su labor previa y actual sobre los tratados y sobre el derecho internacional consuetudinario, se propone que la Comisión de Derecho Internacional incluya en su programa de trabajo un tema sobre la tercera de las tres fuentes principales

¹ Temas relacionados con los tratados examinados por la Comisión de Derecho Internacional: *Derecho de los tratados* (1949-1966); *Reservas a las convenciones multilaterales* (1951); *Una mayor participación en tratados multilaterales generales celebrados bajo los auspicios de la Sociedad de las Naciones* (1963); *Sucesión de Estados en materia de tratados* (1968-1974); *Tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales* (1970-1982); *Las reservas a los tratados* (1993-2011); *Efectos de los conflictos armados en los tratados* (2004-2011); *Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados*, anteriormente *Los tratados en el tiempo* (2008-la actualidad); *Aplicación provisional de los tratados* (2012-la actualidad). La información puede consultarse en <http://legal.un.org/ilc/>.

² Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969; Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en Materia de Tratados, de 23 de agosto de 1978; y Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales.

³ *Identificación del derecho internacional consuetudinario*, anteriormente *Formación y documentación del derecho internacional* (2013-la actualidad). La Comisión había estudiado anteriormente el tema *Medios de hacer más fácilmente asequible la documentación relativa al derecho internacional consuetudinario* (1949-1950). La información puede consultarse en <http://legal.un.org/ilc/>.

⁴ Por ejemplo, véase: *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 2006; *Responsabilidad de los Estados*, *Anuario...*, 2001; *Responsabilidad de las organizaciones internacionales*, *Anuario...*, 2011; proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte); *Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg*, *Yearbook of the International Law Commission*, 1950.

⁵ Segundo informe sobre *Ius cogens* de Dire Tladi, Relator Especial, 16 de marzo de 2017, A/CN.4/706, párrs. 48 a 52.

del derecho internacional, que figura en el Artículo 38, párrafo 1 c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, con el título de “Principios generales de derecho”. La Comisión puede ofrecer una aclaración autorizada sobre su naturaleza, alcance y funciones, así como sobre la forma en que han de ser identificados. El resultado final podría ser una serie de conclusiones con comentarios. En estos figurarían una serie de ejemplos de principios generales del derecho, pero la finalidad del tema no sería catalogar los principios generales del derecho existentes.

2. Evolución histórica del concepto

5. A finales del siglo XIX y principios del XX, se había recurrido a conceptos como los de “principios generales”, “principios de la justicia natural”, “principios generales del derecho de las naciones” o “principios generalmente reconocidos” en el contexto del arbitraje internacional sobre cuestiones tanto procedimentales como sustantivas en los casos en que el tratado en cuestión no ofrecía una respuesta clara⁶. En las convenciones también se hacía referencia a “los principios del derecho de las naciones”, “los principios del derecho internacional” y “los principios generales de la justicia y la equidad”⁷, si bien el contenido y la naturaleza de estos conceptos eran objeto de controversia.

6. En 1920, “los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas” fueron incluidos en el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional como una de las tres fuentes principales del derecho internacional que aplicaría la Corte. Una de las cuestiones más debatidas en el Advisory Committee of Jurists, al que se

⁶ *Arakas (The Georgios) Case* (1927), Tribunal de Arbitraje Mixto Grecia-Bulgaria, *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes institués par les traités de paix*, vol. 7, págs. 43 a 45 (sobre el principio *audiatur et altera pars*); *Turnbull, Manoa Co. Ltd., Orinoco Co. Ltd. Cases* (1903), Comisión Mixta de Reclamaciones Estados Unidos de América-Venezuela, Ralston y Doyle, *Venezuelan Arbitrations of 1903...*, págs. 200 y ss., en especial pág. 244 (1904) (sobre el principio *Nemo Judex in sua propria causa*); *Río Grande Case* (1923), Nielsen, *American and British Claims Arbitrations under the Special Agreement concluded between the U. S. and Great Britain*, 18 de agosto de 1910, págs. 332 y ss., en especial pág. 342 (1926) (sobre el principio de la *competence-competence*); *Valentiner Case* (1903), Comisión Mixta de Reclamaciones Alemania-Venezuela, Ralston y Doyle, *Venezuelan Arbitrations of 1903...*, págs. 562 y ss., en especial pág. 564 (1904) (sobre la presunción de la validez de los actos).

⁷ En la Convención de La Haya para el Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales (1899), el artículo 48 dispone que “El Tribunal queda autorizado a determinar su competencia interpretando el compromiso y los otros tratados que puedan ser invocados en la materia, y aplicando *los principios del derecho internacional*.” (sin cursiva en el original); en la Convención de La Haya para el Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales (1907), el artículo 73 tiene una redacción similar a la del artículo 48 de la Convención de la Haya de 1899; la “cláusula de Martens” de la Convención relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 29 de julio de 1899 reza: “En espera de que un Código más completo de las leyes de la guerra pueda ser dictado, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno hacer constar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de *los principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública*.” (sin cursiva en el original); la “cláusula de Martens” de la Convención relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 18 de octubre de 1907 reza: “Esperando que un Código más completo pueda ser redactado, en lo que concierne a sus leyes, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno hacer constar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de *los principios del derecho de gentes, como resulta de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública*.” (sin cursiva en el original); la Convención para el Establecimiento de una Corte de Justicia Centroamericana de 1907 ([1908] *American Journal of International Law*, vol. 2 supl., pág. 219), disponía en su artículo 7, párrafos 1 y 2: “La Corte de Justicia Centroamericana juzgará acerca de los puntos de hecho que se ventilen según su libre apreciación; y en cuanto a los de derecho, conforme a *los principios del derecho internacional*.” (sin cursiva en el original); la Convención Relativa al Establecimiento de un Tribunal Internacional de Presas ([1908] *American Journal of International Law*, vol. 2 supl., pág. 174), artículo 7: “... A falta de tales estipulaciones, la Corte aplicará las reglas de derecho internacional. Si no existen reglas generalmente reconocidas a este respecto, la Corte fallará según *los principios generales de la justicia y de la equidad*.” (sin cursiva en el original).

encomendó la tarea de elaborar el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, fue el sentido que había de atribuirse a los principios generales del derecho, así como el contenido material de estos⁸. Si bien Elihu Root, que mantenía una postura positivista, insistió en que los Magistrados únicamente podían adoptar decisiones con arreglo a las “normas reconocidas” y, en ausencia de ellas, el pronunciamiento debía ser “*non-liquet*” (no procede juzgar), otros Magistrados eran contrarios a esta posición y proponían que se utilizaran formulaciones como “las normas del derecho internacional reconocidas por la conciencia jurídica de las naciones civilizadas”, “los principios de equidad”, “los principios generales del derecho y la justicia” o “los principios generales del derecho y, con el consentimiento de las partes, los principios generales de justicia reconocidos por las naciones civilizadas”⁹. La fórmula que se adoptó en última instancia en el Artículo 38 del Estatuto fue la de: “la Corte aplicará [...] c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”, que se consideró una fórmula de compromiso entre los positivistas y los naturalistas¹⁰.

7. No obstante, sigue habiendo controversias doctrinales sobre la naturaleza y el origen de este concepto. Algunos consideran la inclusión de los principios generales del derecho como un rechazo de la doctrina positivista, según la cual el derecho internacional consiste únicamente en normas en las que los Estados han consentido¹¹, mientras que otros rechazan el razonamiento de la “justicia objetiva” e insisten en que los principios generales del derecho solo pueden ser reconocidos en el derecho interno y que su función se limita a llenar las lagunas dejadas por los tratados y el derecho internacional consuetudinario¹². Algunos han identificado múltiples orígenes de los que podrían derivarse los principios generales del derecho, que no se limitan a los que se encuentran en el derecho interno¹³. Las

⁸ V. D. Degan, *Sources of International Law* (Martinus Nijhoff, 1997), págs. 41 a 53; Alain Pellet, “Article 38” en Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat y Karin Oellers-Frahm, *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (OUP, 2002), págs. 677 a 792.

⁹ Corte Permanente de Justicia Internacional. Véase Advisory Committee of Jurists, *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920*, La Haya, 1920, págs. 306 y 333; Sociedad de las Naciones, *the Records of the First Assembly, Meetings of the Committee, I*, Ginebra, 1920, pág. 385.

¹⁰ *Ibid.*; véanse también Jean Spiropoulos, *Die allgemeinen Rechtsgrundsätze im Völkerrecht* (Verlag des Instituts für Internationales Recht an der Universität Kiel, 1928), pág. 66; Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (CUP, 1953), págs. 24 a 26; V. D. Degan, págs. 41 a 53.

¹¹ J. L. Brierly, *The Law of Nations* (Clarendon, 1955), pág. 63; Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court* (Martinus Nijhoff, 1965), vol. II, pág. 63.

¹² Max Sørensen, *Les sources du droit international* (E. Munksgaard, 1946), pág. 113; W. Friedman, *The Changing Structure of International Law* (Stevens, 1964), pág. 196; Geza Herczegh, *General Principles of Law and the International Legal Order* (International Publication Service, 1969), págs. 97 a 100; International Law Association, Study Group on the Use of Domestic Law Principles for the Development of International Law, Working session 2016 (10 de agosto); puede consultarse en <http://www.ila-hq.org/index.php/study-groups>.

¹³ Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice: General Course on Public International Law* (Martinus Nijhoff, 1982), págs. 75 a 82 (según él, los principios generales del derecho podrían clasificarse en cinco categorías: 1) principios que existen en la legislación nacional de los Estados de todo el mundo, por ejemplo el principio de cosa juzgada; 2) principios derivados de la naturaleza específica de la comunidad internacional, por ejemplo, los principios de no intervención y de igualdad soberana; 3) principios intrínsecos a la idea del derecho, por ejemplo, los principios de *lex specialis* y *lex posterior derogat priori*; 4) principios “válidos en todo tipo de sociedades en relaciones de jerarquía y coordinación”; 5) principios de justicia basados en “la propia naturaleza del ser humano como ser racional y social”); Ch. Rousseau, *Principes généraux du droit international public*, Vol. I (Sources) (Pedone, 1944), pág. 891 (mantuvo que los “principios generales del derecho” no se limitan únicamente a los de la legislación nacional, sino que abarcan igualmente los principios generales del derecho internacional); para una idea similar, véanse también Rüdiger Wolfrum, “General International Law (Principles, Rules, and Standards)”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (OUP, 2013); Brian D. Lepard, “The Relationship between Customary International Law and General Principles of Law” en B. D. Lepard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications* (CUP, 2010), pág. 162 (según él, los principios generales del derecho comprenden principios generales del derecho nacional, principios generales del derecho moral y principios generales del derecho internacional).

controversias sobre la naturaleza de los principios generales del derecho también se reflejan en los debates sobre los principios generales del derecho como fuente del *ius cogens*¹⁴.

8. En los debates en que se examinó el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se propuso que la expresión “principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas” fuera seguida por la fórmula “y en especial los principios del derecho internacional”¹⁵. Tras un debate, esta propuesta fue modificada y el encabezamiento del párrafo 1 se cambió en última instancia a “la Corte, cuya función es decidir *conforme al derecho internacional* las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: ...” (sin cursiva en el original)¹⁶. A este respecto, algunos señalaron que este cambio no tenía consecuencias de gran alcance, ya que la aplicación del derecho internacional estaba implícita en la formulación antigua¹⁷. No obstante, otros, como Tunkin, sugirieron que esta modificación invalidaba el entendimiento del Artículo 38, párrafo 1 c) que prevaleció en el Committee of Jurists en 1920 y definía de manera clara que los principios generales del derecho son principios del derecho internacional¹⁸. Tunkin sostenía que los principios generales del derecho incluyen los principios comunes a los ordenamientos jurídicos nacionales y al derecho internacional; son postulados de derecho seguidos en los ordenamientos jurídicos nacionales y en el derecho internacional¹⁹.

9. En el derecho penal internacional se definen de manera más específica conceptos relevantes. Según el artículo 21 del Estatuto de Roma, el derecho aplicable de la Corte Penal Internacional incluye: “a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos del Crimen y sus Reglas de Procedimiento y Prueba; b) En segundo lugar, cuando proceda, los

¹⁴ Durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Trinidad y Tabago dijo que el *ius cogens* era fundamentalmente una norma de derecho internacional consuetudinario y, en referencia a los principios generales del derecho, manifestó “que se trata de una fuente muy poco probable de normas de *ius cogens* y que además sería peligroso establecer analogías con el derecho interno en una esfera tan importante”, véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones, Viena, 26 de marzo al 24 de mayo de 1968, Documentos Oficiales, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria*, 56ª sesión, párrs. 63 y 64; no obstante, el Irán dijo, en la 26ª sesión de la Sexta Comisión, en 2016, que los principios generales del derecho a los que remite el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia “son el mejor fundamento normativo de las normas de *ius cogens*”, véase septuagésimo primer período de sesiones de la Asamblea General, *A/C.6/71/SR.26*, párr. 120; la American Branch of the International Law Association también dijo que es posible que el proceso de constitución del derecho consuetudinario no dé lugar de manera lógica a la aparición de normas imperativas de abstención, y que el proceso de constitución de los principios generales del derecho esté en mejores condiciones de satisfacer los requisitos necesarios para la formación del *ius cogens*; véase Committee on the Formation of Customary International Law, American Branch of the International Law Association: “The Role of State Practice in the Formation of Customary and *Jus Cogens* Norms of International Law” (19 de enero de 1989), pág. 20; véase también Bruno Simma y Philip Alston, “The Sources of Human Rights Law: Custom, *Jus Cogens*, and General Principles” (1989), *Australian Yearbook of International Law*, vol. 12, pág. 104; según Lauterpacht, en su informe sobre el derecho de los tratados, la nulidad de un tratado podía ser consecuencia de su “falta de conformidad con principios del derecho internacional de mayor rango que puedan ser considerados principios constitutivos de la política pública internacional (orden público internacional). Estos principios no tienen que haberse materializado necesariamente en una norma de derecho claramente aceptada, como la prohibición de la piratería o de la guerra de agresión. Pueden ser la expresión de normas de moralidad internacional tan exigentes que un tribunal internacional las consideraría parte integrante de los *principios del derecho generalmente reconocidos por las naciones civilizadas*.” (sin cursiva en el original); véase el informe sobre el derecho de los tratados de Sir Hersch Lauterpacht, Relator Especial, *A/CN.4/63, Yearbook...*, 1953, vol. II, pág. 155.

¹⁵ Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Organización Internacional, *Documents*, vol. XIV, pág. 167.

¹⁶ *Ibid.*, 164.

¹⁷ V. D. Degan, pág. 52; G. Gaja, “General Principles of Law” (2013), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* 2.

¹⁸ G. I. Tunkin, “‘General Principles of Law’ in International Law” en M. René y otros, *Internationale Festschrift für Alfred Verdross: zum 80. Geburtstag* (Fink, Múnich, 1971), pág. 525; véase también Antônio Augusto Cançado Trindade, *The Construction of a Humanized International Law* (Brill Nijhoff, 2014), pág. 870.

¹⁹ *Ibid.*, Tunkin, pág. 526.

tratados y los principios y normas de derecho internacional aplicables, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados; c) En su defecto, *los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas de derecho del mundo*” (sin cursiva en el original)²⁰. En el contexto del Estatuto de Roma, según Pellet, “los principios y normas del derecho internacional” se limitan al derecho internacional consuetudinario, mientras que “los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno” corresponden a “los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”, a los que se hace referencia en el Artículo 38, párrafo 1 c) de la Corte Internacional de Justicia²¹. El Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia mantuvo un orden similar de aplicación de las fuentes, si bien, en algunos casos, parecía considerar “el derecho internacional consuetudinario”, “los principios generales del derecho internacional”, “los principios generales del derecho penal comunes a los principales sistemas de derecho del mundo” y “los principios generales del derecho acordes con los requisitos básicos de la justicia internacional” como fuentes independientes²².

10. En otros ámbitos del derecho internacional, las referencias al concepto de los principios generales del derecho eran también poco claras y carentes de uniformidad. Por ejemplo, al referirse a la elección de las disposiciones legales en los casos de arbitraje *LIAMCO c. Libia* y *Texaco c. Libia* se dice: “la presente concesión se regirá por los principios del derecho de Libia comunes a los *principios del derecho internacional*, y se interpretará con arreglo a ellos, y en defecto de tales principios comunes, de conformidad con *los principios generales del derecho que puedan haber sido aplicados por los tribunales internacionales*” (sin cursiva en el original)²³. Y se ha observado que el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos se ha referido con frecuencia a “los principios generales del derecho internacional”, dejando dudas sobre si estaba haciendo referencia al derecho internacional consuetudinario o a los “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”²⁴.

11. Para resumir, habida cuenta de las controversias doctrinales sin resolver que rodean al concepto, no existe un entendimiento comúnmente acordado de los principios generales del derecho, ni de su relación con otros conceptos relacionados como “los principios generales del derecho internacional” y “los principios fundamentales”. En particular, se siguen planteando cuestiones sobre si se limitan a los reconocidos en el derecho interno o

²⁰ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (17 de julio de 1998), artículo 21.

²¹ Alain Pellet, “Applicable Law” en Antonio Cassese, Paola Gaeta y John R. W. D. Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (OUP, 2002), vol. II, págs. 1071 a 1076.

²² *Prosecutor v. Furundžija*, fallo, causa núm. IT-95-17/1-T, Sala de Primera Instancia II, 10 de diciembre de 1998, párr. 177; *Prosecutor v. Kupreskić et al.*, fallo, causa núm. IT-95-16-T, Sala de Primera Instancia II, 14 de enero de 2000, párr. 591 (En este caso, la Sala de Primera Instancia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia sostuvo que, en los casos en que el Estatuto no permitía resolver la cuestión de que se tratare, el Tribunal debía basarse en “i) las normas de derecho internacional consuetudinario o ii) los principios generales del derecho penal internacional; o, en su defecto; iii) los principios generales del derecho penal comunes a los principales sistemas de derecho del mundo; o, en su defecto; iv) los principios generales del derecho acordes con los requisitos básicos de la justicia internacional.”).

²³ *Libyan American Oil Company v. Government of the Libyan Arab Republic*, *International Law Materials*, vol. 20 (1981), pág. 33; *Texaco Overseas Petroleum Company v. Government of the Libyan Arab Republic* (19 de enero de 1977), *International Law Materials*, vol. 17 (1978), págs. 3 y ss., en especial pág. 14

²⁴ Grant Hanessian, “‘Principles of Law’ in the Iran-US Claims Tribunal” (1989), *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 323, donde se hace referencia a *R.J. Reynolds Tobacco Company v. Government of the Islamic Republic of Iran*, laudo núm. 145-35-3 (31 de julio de 1984), *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports*, vol. 7, págs. 181 y ss., en especial pág. 191; *Iranian Customs Administration v. United States*, laudo núm. 105-B-16-1 (18 de enero de 1984), *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports*, vol. 5, págs. 94 y ss., en especial págs. 95 y 99; *Flexi-Van Leasing, Inc. v. Islamic Republic of Iran*, providencia dictada el 20 de diciembre de 1982, *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports*, vol. 1, págs. 455 y ss., en especial págs. 457 y 458; *ARCO Iran, Inc. v. Government of the Islamic Republic of Iran*, laudo núm. 311-74/76/81/150-3 (14 de julio de 1987), *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports*, vol. 16 (el Tribunal aplicó “principios generales del derecho mercantil e internacional” a cuestiones contractuales), págs. 27 y 28.

podrían también derivarse de un origen internacional, y si los principios generales del derecho podrían generarse en un discurso ético. Estas cuestiones se reflejan en la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales.

3. Aplicación de los principios generales del derecho

12. Pese a las incertidumbres doctrinales, las cortes y tribunales internacionales han reconocido generalmente que los principios generales del derecho son una fuente autónoma del derecho internacional y los han aplicado en la práctica. Aunque la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia han sido cautas a la hora de aplicar esa fuente de manera explícita²⁵, los principios generales del derecho han desempeñado un papel mayor en ámbitos del derecho internacional en los que intervienen actores no estatales, como el derecho penal internacional y el derecho internacional de las inversiones²⁶.

13. La Corte Permanente de Justicia Internacional se refirió a los principios generales, de manera explícita o implícita, al hablar de los principios: *eius est interpretare legem cuius condere* (quien tiene autoridad para establecer la ley, tiene autoridad para interpretarla)²⁷, *nemo iudex in re sua* (no se puede ser juez y parte)²⁸, *restitution in integrum* (restituir el estado original)²⁹, *estoppel* (doctrina de los actos propios)³⁰, y *competence-competence* (competencia de la competencia)³¹. Entre los ejemplos de referencias a principios generales del derecho por la Corte Internacional de Justicia cabe mencionar los principios de *cosa juzgada*³², igualdad de las partes³³ y *pacta sunt servanda*³⁴. Se trata de ejemplos de principios generales del derecho que existen normalmente en casi todos los ordenamientos jurídicos existentes.

14. Además, parece que las cortes y tribunales de justicia no entienden que los principios generales del derecho se limiten a los derivados del derecho interno. Por ejemplo, la Corte Permanente de Justicia Internacional invocó el “principio universalmente aceptado por los tribunales internacionales e igualmente recogido en muchas convenciones”³⁵, “el principio generalmente aceptado en la jurisprudencia del arbitraje, así como por tribunales nacionales”³⁶, “un principio de derecho internacional e incluso un concepto general de derecho”³⁷. La Corte Internacional de Justicia se ha referido a los “principios subyacentes a la Convención [sobre el Genocidio]” diciendo que son

²⁵ Giorgio Gaja, pág. 6.

²⁶ N. Wühler, “Application of General Principles” (1996), *International Council for Commercial Arbitration Congress Series*, núm. 7, pág. 553.

²⁷ *Question of Jaworzyna*, opinión consultiva, *Permanent Court of International Justice Series B*, núm. 8, pág. 37.

²⁸ *Interpretation of Article 3, Paragraph 2, of the Treaty of Lausanne*, opinión consultiva, *Permanent Court of International Justice Series B*, núm. 12, pág. 32.

²⁹ *Case concerning the Factory at Chorzów*, *Permanent Court of International Justice Series A*, núm. 9, pág. 30.

³⁰ *Ibid.*, pág. 31; *Legal Status of Eastern Greenland*, *Permanent Court of International Justice Series A/B*, núm. 53, pág. 69.

³¹ *Interpretation of Greco-Turkish Agreement*, opinión consultiva, *Permanent Court of International Justice Series B*, núm. 16, pág. 20.

³² *Case Concerning the UN Administrative Tribunal*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1954*, pág. 53.

³³ *Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaints Made against UNESCO*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1956*, pág. 85; *Application for Review of Judgment No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1973*, pág. 181; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, fallo, *I.C.J. Reports 2007*, párr. 114.

³⁴ *Nuclear Tests Case (Australia v. France)*, *I.C.J. Reports 1974*, pág. 268.

³⁵ *Electricity Company of Sofia and Bulgaria*, *Permanent Court of International Justice Series A/B*, núm. 79, pág. 199 (sobre el principio de que las partes en una causa deben abstenerse de adoptar cualquier medida que pueda incidir en la ejecución de la decisión que vaya a emitirse y no han de emprender acciones que puedan agravar la controversia).

³⁶ *Case concerning the Factory at Chorzów* [competencia], *Permanent Court of International Justice Series A*, núm. 9, pág. 31 (sobre la obligación de reparar).

³⁷ *Case concerning the Factory at Chorzów* [cuestiones de fondo], *Permanent Court of International Justice Series A*, núm. 17, pág. 29.

“principios reconocidos por las naciones civilizadas como vinculantes para los Estados”³⁸. En la causa relativa a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*, la Corte se refirió a los “principios generales fundamentales del derecho humanitario”³⁹. En la causa relativa a *Timor Oriental (Portugal c. Australia)*, la Corte se refirió al principio de la libre determinación de los pueblos como “uno de los principios esenciales del derecho internacional contemporáneo”⁴⁰. No ha quedado claro si los principios a los que se hace referencia en esas causas son principios generales en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c)⁴¹. Además, se han expresado otros pareceres sobre los principios generales del derecho en opiniones individuales y disidentes en causas de la Corte Internacional de Justicia⁴².

15. Las cortes y tribunales penales internacionales han hecho más referencias a los principios generales del derecho. Los principios generales del derecho pueden desempeñar un papel decisivo en relación con cuestiones fundamentales⁴³. Se ha recurrido con frecuencia a los principios generales del derecho tanto en relación con cuestiones de fondo como de carácter procesal. En el caso del derecho sustantivo, se han invocado el principio de la coacción como circunstancia atenuante a la hora de imponer una condena⁴⁴, el principio de proporcionalidad de la pena⁴⁵, el principio *nulla poena sine lege*⁴⁶ o el principio de que la determinación de la culpabilidad por la comisión de un delito requiere un análisis de los elementos objetivos y subjetivos del delito⁴⁷. En cuanto a las normas procesales, se

³⁸ *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1951*, pág. 23.

³⁹ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* [cuestiones de fondo], *I.C.J. Reports 1986*, págs. 113 a 115, 129 y 130, párrs. 218, 220 y 255.

⁴⁰ *East Timor (Portugal v. Australia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1995*, pág. 201, párr. 29.

⁴¹ Hay quienes no los han considerado principios generales del derecho, mientras que otros han mantenido que estos principios están comprendidos en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Véanse, por ejemplo, Brian D. Leppard, “The Relationship between Customary International Law and General Principles of Law” en B. D. Leppard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications* (CUP, 2010), pág. 162; B. Simma y P. Alston, “The Sources of Human Rights Law: Custom, *Jus Cogens* and General Principles of Law” (1989), *Australian Yearbook of International Law*, vol. 12, pág. 82; *South West Africa Cases (Second Phase)*, *I.C.J. Reports 1966*, opinión disidente del Magistrado Tanaka; T. Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law* (OUP, 1989), págs. 97 y 134.

⁴² Por ejemplo, según el Magistrado Tanaka en su opinión disidente en la Causa relativa al *África Sudoccidental*, “... es innegable que en el Artículo 38, párrafo 1 c), hay inherentes algunos elementos del derecho natural. Amplía el concepto de las fuentes del derecho internacional más allá de los límites del positivismo legal, según el cual, puesto que los Estados se obligan únicamente por su propia voluntad, el derecho internacional no es sino el derecho del consentimiento y la autolimitación de los Estados. No obstante, en nuestra opinión, este punto de vista fue superado claramente por el Artículo 38, párrafo 1 c)”, véase *South West Africa Case (Second Phase)*, *I.C.J. Reports 1966*, opinión disidente del Magistrado Tanaka, pág. 298; del mismo modo, el Magistrado Cançado Trindade sostuvo en su opinión separada en la Causa relativa a las *Plantas de celulosa* que “los principios generales del derecho, a la luz del derecho natural (que precede históricamente al derecho positivo), remiten a los orígenes y las bases del derecho internacional, guían la interpretación y aplicación de sus normas y apunta a su dimensión universal”. Además, sosteniendo que “no hay motivo para no acudir a los principios generales del derecho reconocidos en el derecho nacional e internacional”, afirmó que el principio de prevención y el principio de precaución, consagrados en instrumentos internacionales como la Declaración de Estocolmo y la Declaración de Río, son principios generales del derecho; véase *Pulp Mills on the River Uruguay*, *I.C.J. Reports 2010*, opinión separada del Magistrado Cançado Trindade.

⁴³ F. O. Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals* (Brill/Nijhoff, 2008), págs. 77 a 164.

⁴⁴ *Prosecutor v. Erdemovic*, opinión separada conjunta de la Magistrada McDonald y el Magistrado Vohrah, causa núm. IT-96-22-A, Sala de Apelaciones, 7 de octubre de 1997, párrs. 40 y 55 a 72.

⁴⁵ *Prosecutor v. Blaškić*, fallo, causa núm. IT-95-14-T, Sala de Primera Instancia I, 3 de marzo de 2000, párr. 796.

⁴⁶ *Prosecutor v. Delalić et al.*, fallo, causa núm. IT-96-21-T, Sala de Primera Instancia II, 16 de noviembre de 1998, párr. 402.

⁴⁷ *Ibid.*, párr. 425.

ha hecho referencia a los principios relativos a la carga de la prueba⁴⁸, el principio de que no debe juzgarse en ausencia del acusado⁴⁹ y el principio *non bis in idem*⁵⁰.

16. En el ámbito del derecho internacional de las inversiones, se ha observado que los principios generales del derecho desempeñan un “papel preeminente”⁵¹. Entre los principios generales del derecho invocados por tribunales internacionales de inversiones cabe mencionar: el principio de que la compensación incluye el daño emergente y el lucro cesante⁵², el principio de la buena fe⁵³, el principio de cosa juzgada⁵⁴, el principio de la competencia de la competencia⁵⁵, el principio de que la carga de la prueba recae en el demandante⁵⁶, el principio del enriquecimiento injusto⁵⁷ o el principio de que las partes no

⁴⁸ *Ibid.*, párrs. 599 a 604.

⁴⁹ *Prosecutor v. Sesay et al.*, Ruling on the Issue of the Refusal of the Third Accused, Augustine Gbao, to Attend Hearing of the Special Court for Sierra Leone on 7 July 2004 and Succeeding Days, causa núm. SCSL- 04-15-T, Sala de Primera Instancia, 12 de julio de 2004, párr. 10.

⁵⁰ *Prosecutor v. Tadić*, Decision on the Defence Motion on the Principle of *Non Bis in Idem*, causa núm. IT-94-1-T, Sala de Primera Instancia II, 14 de noviembre de 1995, párrs. 2 a 4.

⁵¹ C. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (CUP, 2004), párr. 94; véanse también Tarcisio Gazzini, “General Principles of Law in the Field of Foreign Investment” (2009), *Journal of World Investment and Trade*, vol. 10, pág. 103; A. McNair, “General Principles of Law Recognized by Civilized Nations” (1957) *British Yearbook of International Law*, vol. 33, pág. 15 (se sugirió que los principios generales del derecho “serían de utilidad a la hora de aplicar e interpretar los contratos [de los Estados] que, pese a no ser contratos entre Estados y, por tanto, no regirse por el derecho internacional público en sentido estricto, pueden ser regulados con mayor efectividad por los principios generales del derecho que por las normas especiales de un único ordenamiento territorial”).

⁵² *Amco Asian Corporation and Others v. Indonesia*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, ARB/81/1, laudo de 20 de noviembre de 1984, *International Law Reports* (1992), vol. 89, págs. 405 y ss., en especial pág. 504.

⁵³ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, ARB(AF)/00/2, laudo, 29 de mayo de 2003, párr. 153; *Canfor Corporation v. United States, Terminal Forest Products Ltd. v. United States* (consolidado Tratado de Libre Comercio de América del Norte / Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) [cuestiones preliminares], 6 de junio de 2006, párr. 182; *Sempra Energy International c. República Argentina*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, ARB/02/16, laudo, 28 de septiembre de 2007, párr. 297.

⁵⁴ *Waste Management c. Estados Unidos Mexicanos (II)*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, ARB(AF)/00/3 [competencia], 26 de junio de 2002, párrs. 39 y 43, el Tribunal sostuvo que “[n]o hay dudas de que el principio de cosa juzgada es un principio de derecho internacional, e incluso un principio general del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1) c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. De hecho, ambas partes así lo aceptaron.” (sin cursiva en el original).

⁵⁵ *Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. República de Chile*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, ARB/04/7, laudo, 21 de agosto de 2007, párr. 203.

⁵⁶ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, ARB/02/13, laudo, 31 de enero de 2006, párr. 70, el Tribunal sostuvo que “es un principio del derecho bien establecido de que incumbe al demandante demostrar los hechos en los que fundamenta su reclamación”. Véanse también *Asian Agricultural Products Limited v. Sri Lanka*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, ARB/87/3, laudo, 27 de junio de 1990, 603, párr. 56; *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, ARB/00/5, laudo, 23 de septiembre de 2003, párr. 110; *International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Tratado de Libre Comercio de América del Norte), laudo, 26 de enero de 2006, párr. 95.

⁵⁷ *Sea-Land Services Inc v. Iran, Iran-U.S. Claims Tribunal Reports* (1984), vol. 6, págs. 149 y ss., en especial pág. 168, el Tribunal sostuvo que “el concepto de enriquecimiento injusto tuvo su origen en el derecho romano [...] Está codificado o judicialmente reconocido en la inmensa mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales del mundo y se reconoce de manera general que ha quedado subsumido en la categoría de los principios generales del derecho que pueden ser aplicados por los tribunales internacionales”. Más recientemente, en *Saluka Investments BV (Netherlands) v. Czech Republic*, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, laudo parcial, 17 de marzo de 2006, párr. 449, el Tribunal señaló que “el concepto de enriquecimiento injusto está reconocido como principio general del derecho internacional. Confiere a una parte el derecho a que

pueden beneficiarse legalmente de sus propios incumplimientos⁵⁸. Los principios generales del derecho pueden desempeñar un papel decisivo en el arbitraje en materia de inversiones. Por ejemplo, el laudo en el caso *Klöckner c. Camerún* fue anulado por un comité *ad hoc* porque el Tribunal no proporcionó pruebas suficientes que apoyaran la existencia de un principio general⁵⁹. Al interpretar el concepto de “trato justo y equitativo”, los tribunales de inversiones han recurrido a principios como el de la buena fe⁶⁰, las debidas garantías procesales⁶¹, la proporcionalidad⁶², y otros principios⁶³.

17. En el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, se ha observado que se recurría a los principios generales del derecho para evitar la elección entre la legislación del Irán, la de los Estados Unidos de América o la de un tercer país⁶⁴. También se ha observado que el Tribunal ha aplicado “principios generales del derecho” en casos en que la aplicación del derecho nacional aplicable hubiera dado lugar a un resultado injusto⁶⁵. Además, el Tribunal no estableció una distinción entre su función en el derecho internacional público y en el derecho privado y pareció haber aplicado los “principios generales del derecho” en ambos casos⁶⁶.

18. Pese a un importante número de referencias a los principios generales del derecho en diferentes ámbitos del derecho internacional, sigue sin estar clara la metodología para identificar los principios generales del derecho. Hay críticas de que las cortes y tribunales internacionales han aplicado “principios generales” que no están generalmente

se le restituya cualquier cosa de valor que la otra parte haya hecho suya o haya recibido sin justificación legal.” (sin cursiva en el original).

⁵⁸ *Sempra Energy International c. República Argentina*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, ARB/02/16, laudo, 28 de septiembre de 2007, párr. 353.

⁵⁹ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. Cameroon*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, caso núm. ARB/81/2, decisión de anulación, 3 de mayo de 1985, párr. 243.

⁶⁰ *Sempra Energy International c. República Argentina*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, ARB/02/16, laudo, 28 de septiembre de 2007, párr. 298.

⁶¹ *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, párr. 98.

⁶² *MTD Equity Sdn. Bhd y MTD Chile S.A c. República de Chile*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, ARB/01/7, laudo, 25 de mayo de 2004, párr. 109.

⁶³ Véase Tarcisio Gazzini, pág. 118.

⁶⁴ *American Bell International, Inc. v. Islamic Republic of Iran*, *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports*, vol. 9, pág. 107, laudo núm. 255-48-3 (19 de septiembre de 1986), *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports*, vol. 12, pág. 170; *Questech, Inc. v. Ministry of National Defense of the Islamic Republic of Iran*, laudo núm. 191-59-1 (25 de septiembre de 1985) (que aplica el principio general de la alteración de las circunstancias a pesar de existir una cláusula contractual que optaba por el derecho iraní); *Aeronutronic Overseas Services, Inc. v. Government of the Islamic Republic of Iran*, laudo núm. ITM 44-158-1 (24 de agosto de 1984), *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports*, vol. 7, pág. 217; *Gould Marketing, Inc. v. Ministry of Defense of the Islamic Republic of Iran*, laudo núm. 136-49/50-2 (22 de junio de 1984), *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports*, vol. 6, págs. 272 y ss., en especial pág. 274 (un contrato de compraventa de equipos de comunicación preveía la aplicación del derecho de California. El Tribunal afirmó que “el derecho estadounidense” recogía “el principio general” de que, en casos de rescisión de un contrato por frustración de sus fines, “las cantidades adeudadas en razón del contrato se ajustarán con arreglo al grado en que se ejecutó el contrato”. El Tribunal también citó el derecho inglés y señaló que “existe una norma similar en los ordenamientos jurídicos de tradición romanista”. *Id.*, pág. 274, nota. 1. El Tribunal también aplicó “principios generales” del derecho de garantías para requerir que el demandante entregara al demandado determinado equipo retenido a este por aquel. *Id.*, pág. 279). Véanse también *Morgan Equipment Company v. Islamic Republic of Iran*, laudo núm. 100-28-2 (27 de diciembre de 1983), *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports*, vol. 4, pág. 272 (el Tribunal desestimó la pretensión del demandante de que, con arreglo al derecho de Idaho, tenía derecho a un resarcimiento en calidad de tercero beneficiario en relación con determinados pedidos de adquisición que se regían por el derecho de Idaho); *R.J. Reynolds Tobacco Company v. Government of the Islamic Republic of Iran*, laudo núm. 145-35-3 (31 de julio de 1984), *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports*, vol. 7, pág. 181.

⁶⁵ *CMI International, Inc. v. Ministry of Roads and Transportation and Islamic Republic of Iran*, laudo núm. 99-245-2 (27 de diciembre de 1983), *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports*, vol. 4; véase también Grant Hanessian, págs. 329 y 330.

⁶⁶ Grant Hanessian, pág. 350.

reconocidos⁶⁷. También se ha dicho que, al limitar los principios generales del derecho a los generalmente reconocidos en las legislaciones nacionales del mundo, pueden surgir dificultades cuando una corte o un tribunal tenga que ocuparse de una cuestión en la que no pueda identificarse ningún principio ampliamente aceptado⁶⁸. A este respecto, sigue habiendo cuestiones cruciales sin resolver, lo que ha creado incertidumbre jurídica y ha amenazado la imparcialidad en la administración de la justicia. Entre esas cuestiones cabe mencionar los criterios para decidir si un principio está “generalmente reconocido”, el alcance de la investigación comparada a la hora de derivar principios generales de legislaciones nacionales, la forma de clasificar las familias y los sistemas de derecho al realizar dicho análisis, la forma de seleccionar legislaciones nacionales representativas y la cuestión de si hay que adaptar esos principios a la aplicación internacional cuando se realizan analogías, así como la forma de adaptarlos.

4. Alcance del tema y cuestiones jurídicas que hay que abordar

19. En el marco de los antecedentes anteriormente expuestos, la Comisión podría aclarar la naturaleza, el alcance y el método de identificación de los principios generales del derecho que han utilizado los Estados, las cortes y tribunales internacionales y las organizaciones y órganos internacionales. Sin excluir otras cuestiones o aspectos relacionados con este tema, la Comisión, en particular, podría analizar:

- i) La naturaleza y el alcance de los principios generales del derecho;
 - a) El alcance y la terminología con respecto a los principios generales del derecho, en particular su relación con conceptos como “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”, “principios generales del derecho internacional” y “principios fundamentales del derecho”;
 - b) La naturaleza y los orígenes de los principios generales del derecho;
 - c) Los principios generales del derecho como fuente autónoma, independiente de los tratados y del derecho internacional consuetudinario;
 - d) Las funciones de los principios generales del derecho;
- ii) La relación de los principios generales del derecho con las otras dos fuentes principales del derecho internacional: a saber, los tratados y el derecho internacional consuetudinario;
- iii) Los métodos de identificación de los principios generales del derecho; y
- iv) Otras cuestiones⁶⁹.

20. La Comisión puede remitir a una serie de ejemplos de principios generales del derecho a lo largo del examen del tema, y puede incluirlos en los comentarios a las conclusiones que apruebe.

⁶⁷ F. O. Raimondo, pág. 88; véase también G. I. Tunkin, *Theory of International Law* (HUP, 1974), pág. 190 (donde expresa su oposición al deseo de utilizar los “principios generales del derecho” para proclamar que los principios de determinados sistemas de derecho son vinculantes para todos).

⁶⁸ Michael Akehurst, “Equity and General Principles of Law” (1976), *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 25, núm. 4, pág. 825.

⁶⁹ Como la posibilidad de que los principios generales del derecho también puedan ser una fuente de un derecho internacional particular. Por ejemplo, se ha observado que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas suele limitarse a examinar las leyes de los Estados miembros para inferir principios generales del derecho a efectos del régimen regional. Véase Michael Akehurst, “Equity and General Principles of Law” (1976), *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 25, núm. 4, pág. 821, donde cita *X v. Council* [1972] *Recueil*, vol. 18, pág. 1205; *Advocate-General Warner in Commission v. Council* [1973] *European Court Reports*, págs. 575 y ss., en especial pág. 593; *Werhahn v. Council* [1973] *European Court Reports*, págs. 1229 y ss., en especial págs. 1259 y 1260; *Stauder v. City of Ulm* [1969] *Recueil*, págs. 419 y ss., en especial pág. 425.

i) La naturaleza y el alcance de los principios generales del derecho

21. Es importante que la Comisión analice y aclare en primer lugar la definición de “principios generales del derecho”, a fin de delimitar el alcance del tema. Se sugiere que los “principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”, a los que se hace referencia en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional y en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, sean el centro principal del estudio, y que la definición de “principios generales del derecho” se analice también a la luz de su relación con otros conceptos como los de “principios generales del derecho internacional”, “principios fundamentales” y “principios de equidad”.

22. La naturaleza y las características de los principios generales del derecho podrían examinarse a la luz de la evolución histórica del concepto, así como de las referencias explícitas e implícitas a los principios generales del derecho en la práctica jurídica internacional. Por ejemplo, la Comisión podría examinar decisiones arbitrales y tratados de una época temprana en que los principios generales del derecho se reconocían como fuente del derecho internacional; así como el contexto y los debates que dieron lugar a la inclusión de los “principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas” en el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional y posteriormente en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. También podrían examinarse referencias a este concepto, así como a conceptos conexos, en tratados, jurisprudencia de cortes y tribunales, legislación nacional e instrumentos internacionales.

23. Una cuestión relacionada, y también importante, es el origen de los principios generales del derecho. La Comisión debe examinar si los principios generales del derecho podrían derivar únicamente de la generalidad de la legislación nacional de los Estados, o si podrían derivar también de otros orígenes, que sean reconocidos por los Estados, como el ordenamiento jurídico internacional y las relaciones internacionales.

24. También debe aclararse el lugar que ocupan los principios generales del derecho en el ordenamiento jurídico internacional. Deben analizarse, en particular, los principios generales del derecho como fuente autónoma del derecho internacional, y su relación con los tratados y con el derecho internacional consuetudinario.

25. Además, deben examinarse las funciones de los principios generales del derecho. Como se ha mencionado anteriormente, la función principal de los principios generales del derecho ha sido entendida por algunos académicos como la de “llenar lagunas” del derecho internacional en los casos en que no pueda encontrarse ninguna disposición convencional o norma de derecho internacional consuetudinario⁷⁰. Otros han atribuido un papel más amplio a los principios generales del derecho, como base subyacente que informa el ordenamiento del derecho internacional y proporciona orientación para la interpretación y la aplicación de los tratados y las costumbres⁷¹. La Comisión podría estudiar la manera en que los principios generales del derecho han ido adoptando, a lo largo del tiempo, diferentes funciones y papeles que han contribuido al desarrollo del ordenamiento jurídico internacional, así como de regímenes especializados del derecho internacional.

26. En particular, la Comisión podría examinar también las razones subyacentes de los principios generales del derecho, así como las funciones esenciales que estos desempeñan cuando son aplicados por cortes y tribunales internacionales y por órganos internacionales, y cuando los Estados recurren a ellos en las relaciones internacionales y los tribunales nacionales los recogen en la jurisprudencia nacional.

27. Un aspecto relacionado es el de los principios generales del derecho como fuente de derechos y obligaciones reconocidos en la ley. En particular, la Comisión podría examinar los ámbitos en que los principios generales del derecho regulan la conducta de los miembros de la comunidad internacional aportando normas de carácter sustantivo y procesal (por ejemplo, el principio de la buena fe o el principio *non bis in idem*).

⁷⁰ Vladimir-Djuro Degan, *A Source of General International Law* (Martinus Nijhoff, 1997), págs. 40 y 41.

⁷¹ António Augusto Cançado Trindade, *The Construction of a Humanized International Law* (Brill Nijhoff, 2014), pág. 870; C. W. Jenks, *The Common Law of Mankind* (Stevens, 1958), pág. 106.

- ii) La relación de los principios generales del derecho con los tratados y el derecho internacional consuetudinario

28. Como se refleja en la jurisprudencia internacional anteriormente mencionada, los principios generales del derecho han sido reconocidos como una de las fuentes principales del derecho internacional, además de como una fuente independiente de los tratados y del derecho internacional consuetudinario. No obstante, los principios generales del derecho pueden relacionarse con las otras dos fuentes principales del derecho internacional: los tratados y el derecho internacional consuetudinario. Deben estudiarse la relación y las interacciones de los principios generales del derecho con los tratados, así como con las normas consuetudinarias. Por ejemplo, podría estudiarse la forma en que los principios generales del derecho y los tratados, así como las normas consuetudinarias, contribuyen a la creación y el desarrollo mutuos, la posible función de los principios generales del derecho de asistir y proporcionar orientación para la aplicación y la interpretación de los tratados y el derecho internacional consuetudinario, y la posibilidad de la existencia paralela de los principios generales del derecho con normas correspondientes de los tratados y del derecho internacional consuetudinario.

- iii) Métodos de identificación de los principios generales del derecho

29. Cuestión de importancia fundamental es el método de identificación de los principios generales del derecho. En el caso de los principios generales derivados del derecho nacional común a los sistemas de derecho del mundo, la Comisión debe estudiar cuestiones que incluyen los criterios para determinar el reconocimiento común de un principio en los sistemas de derecho del mundo; el método para derivar principios generales del derecho y, por ejemplo, si se requiere un análisis comparativo, la amplitud y la profundidad de la investigación comparativa, la clasificación de las familias del derecho o los sistemas de derecho a la hora de realizar análisis comparativos, si los principios que proceden de la legislación nacional se adaptan al ordenamiento jurídico internacional, y la forma en que se adaptan. Si el estudio referido en la sección anterior demuestra que los principios generales del derecho podrían también derivar del ordenamiento jurídico internacional reconocido por los Estados, la Comisión debe también ayudar a aclarar los criterios y métodos para identificar principios generales del derecho que provienen de esas fuentes, como tratados, instrumentos internacionales no vinculantes, decisiones judiciales de cortes y tribunales internacionales, etc.

- iv) Otras cuestiones

30. Se ha observado que, aunque los órganos judiciales internacionales con competencia general han tenido cuidado de derivar principios generales de los sistemas de derecho del mundo, los órganos judiciales regionales han limitado en ocasiones el ámbito de su investigación comparativa a la legislación nacional de sus Estados miembros⁷². En este contexto, la Comisión podría examinar la existencia y el estatus jurídico de esos principios del derecho, y proporcionar aclaración y orientación al respecto.

5. Método de trabajo de la Comisión sobre el tema

31. El estudio se basará principalmente en la práctica de los Estados, los tratados y la historia de su redacción, otros instrumentos internacionales, las decisiones judiciales de las cortes y tribunales internacionales, regionales y nacionales, así como la legislación nacional.

⁷² Michael Akehurst, págs. 818 a 825; véanse también *Procureur de la République v. Association de défense des brûleurs d'huiles usages (ADBHU)*, asunto 240/83, párr. 9: "los principios de libertad de circulación de bienes y de libre competencia, junto con el de libre comercio como derecho fundamental, son *principios generales del derecho comunitario* cuyo respeto garantiza el Tribunal" (sin cursiva en el original); *Stauder v. City of Ulm*, asunto 26/69 [1969] *European Court Reports*, pág. 419, párr. 7: "los derechos fundamentales de la persona [están] subyacentes en *los principios generales del derecho comunitario*, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia" (sin cursiva en el original).

32. Los planteamientos y el análisis de los académicos también se tendrán en cuenta y se valorarán a la luz de la práctica internacional.

6. El tema reúne los requisitos para la selección de un nuevo tema

33. El tema “Principios generales del derecho” reúne los requisitos para la selección de nuevos temas establecidos por la Comisión, dado que refleja las necesidades de la comunidad internacional en relación con el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional. En particular, esta fuente del derecho internacional ha sido utilizada durante más de un siglo, y continúa sirviendo de fundamento, si bien su naturaleza, alcance, orígenes, criterios y métodos de identificación siguen sin estar claros.

34. La Secretaría de la Comisión elaboró un informe el 31 de marzo de 2016 sobre los “Posibles temas de examen teniendo en cuenta la revisión de la lista de temas establecida en 1996 a la luz de los acontecimientos posteriores” (A/CN.4/679/Add.1). La Secretaría incluyó el tema “Principios generales del derecho” como el primero de seis temas. Los principios generales del derecho serían examinados por la Comisión por primera vez en profundidad como fuente del derecho internacional.

35. Dada la gran cantidad de práctica de los Estados y de ejemplos de aplicación de esta fuente del derecho internacional por diferentes cortes y tribunales de relevancia para el tema, así como su larga historia de desarrollo doctrinal, la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre este tema sería concreta y viable y podría aportar claridad y orientación sobre el entendimiento, la identificación y la aplicación de esta fuente del derecho.

36. Por todo lo anterior, las conclusiones y comentarios previstos como resultado del examen del tema “Principios generales del derecho” por la Comisión sería útil para los Estados, las organizaciones internacionales, las cortes y tribunales internacionales, así como los académicos y profesionales del derecho internacional.

7. Bibliografía seleccionada

Scholarly Work

Acosta Alvarado, P.A., *Los principios generales del derecho y las normas tipo principio. Su conceptualización y uso en el ordenamiento internacional*, 25 Rev. Derecho del Estado 193 (2010).

Akehurst, M., *Equity and General Principles of Law*, 25 Int'l & Comp. L.Q. 4 (1976).

Akehurst, M., *Note: The Hierarchy of the Sources of International Law*, 47 B.Y. Int'l L 273 (1977).

Alpa, G., *General Principles of Law*, 1 Ann. Surv. Int'l & Comp. L. 1 (1994).

Alston, P., & Simma, B., *The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles*, 12 Austrian Y.B. Int'l L. 82 (1988-1989).

Anzilotti, *Corso di Diritto Internazionale*, 3rd ed. (Cedam—Padova, 1955).

Bassiouni, M. C., *A Functional Approach to General Principles of International Law*, 11 Mich. J. Int'l L. 768 (1989-1990).

Becker Lorca, A., *International Law in Latin America or Latin American International Law? Rise, Fall and Retrieval of a Tradition of Legal Thinking and Political Imagination*, 47 Harvard International Law Journal 283 (2006).

Brownlie, I., *Some Questions Concerning the Applicable Law in International Tribunals*, in: *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski* (Jerzy Makarczyk ed., 1996).

Bonafé, Beatrice I., Palchetti, P., “*Relying on general principles in international law*”, in *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, 160 (E. Elgar, 2016).

Byers, M., *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law* (CUP, 1999).

- Charney, J. I., *International Lawmaking- Article 38 of the ICJ Statute Reconsidered*, in: *New Trends in International Lawmaking – International ‘Legislation’ in the Public Interest: Proceedings of an International Symposium of the Kiel Walter-Schücking-Institute of International law March 6 to 8, 1996* (Jost Delbrück ed., 1997).
- Charney, J. I., *Universal International Law*, 87 Am. J. Int’l L. 529 (1993).
- Cheng, B., *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (Stevens & Sons Limited, 1953).
- Chiu, H., *Chinese View on the Sources of International Law*, 28 Harvard International Law Journal 289 (1987).
- Cooke Gutteridge, H., *Comparative Law: An Introduction to the Comparative Method of Legal Study & Research* (CUP 2nd ed., 1949).
- Crawford, J. R., *Responsibility of the International Community as a Whole*, 8 Indiana J. Global Legal Studies 303 (2001).
- D’Aspremont, J., *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules* (OUP, 2011).
- de Vattel, E., *The Law of Nations, Or, Principles of the Law of Nature Applies to the Conduct of Affairs of Nations and Sovereignty, with Three Early Essays on the Origins and Nature of Natural Law and on Luxury* (Liberty Fund, 2008).
- Degan, V. D., *General Principles of Law (A Source of General International Law)*, 3 Finnish Y.B. Int’l L. 1 (1992).
- de Wet, E., *Judicial Review as an Emerging General Principle of Law and its Implications for the International Court of Justice*, Netherlands Int’l L. Rev. 47 (2000).
- Diez de Velasco, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público* (Ed. Tecnos, 2013).
- do Nascimento e Silva, G. E., *The Widening Scope of International Law, in Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski* 412 (Jerzy Makarczyk ed., 1996).
- Dorđeska, M., *The Process of International Law-Making: The Evolution of General Principles of Law Recognized by Civilized Nations Through the Jurisprudence of International Courts and Tribunals* (doctoral dissertation, The George Washington University Law School, August 2016).
- Fitzmaurice, G., *Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law*, Symbolae Verzijl 153 (1958).
- Fitzmaurice, G., *The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law*, in Recueil Des Cours 092 (1957).
- Fitzmaurice, G., *The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-54: General Principles and Sources of Law*, 30 B.Y. Int’l L. 1 (1953).
- Ford, C. A., *Judicial Discretion in International Jurisprudence: Article 38/1(c) and “General Principles of Law”*, 5 Duke J. Comp & Int’l L. 35 (1994).
- Freeman Jalet, F. T., *The Quest for the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations – A Study*, 10 UCLA L. Rev. 1041 (1962-1963).
- Friedmann, W., *The Uses of “General Principles” in the Development of International Law*, 57 Am. J. Int’l L. 2 (1963).
- Gaja, G., *General Principles of Law*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law (OUP, 2013).
- Pineschi, L. (ed.), *General Principles of Law: The Role of the Judiciary* (Springer, 2015).
- Gonidec, P. F., *Existe-t-il un Droit International Africain?*, 5 African Journal of International and Comparative Law 243 (1993).

- Guillame, G., *The Future of International Judicial Institutions*, 44 Int'l & Comp. L. Q. 848 (1995).
- Hathaway, O. A., *Between Power and Principle: An Integrated Theory of International Law*, 72 Univ. Chicago L. Rev. 469 (2005).
- Herczeg, G., *General Principles of Law and the International Legal Order*, 5 Hungarian Academy of Sciences (1969).
- Higgins, R., *Problems and process: International Law and How We Use It* (OUP, 1995).
- Hudson, M. O., *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942* (The Macmillian Company, 1943).
- Jahel, S., "Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine", Rev. intle. de droit comparé. Vol. 55 N° 1, 105 (2003).
- Jain, N., *Judicial Lawmaking and General Principles of Law in International Criminal Law*, 57 Harv. Int'l L.J. 111 (2016).
- Jenks, C. W., *The Conflict of the Law-Making Treaties*, 30 B.Y. Int'l L 401 (1953).
- Jenks, C. W., *The Scope of International Law*, 31 B.Y. Int'l L 1 (1954).
- Jennings, R. *The Internal Judicial Practice of the International Court of Justice*, 59 B.Y. Int'l L 31 (1988).
- Jennings, R., *International Lawyers and the Progressive Development of International Law*, in: *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski* (Jerzy Makarczyk ed., 1996).
- Jennings, R., *The Progress of International Law*, 34 B.Y. Int'l L 334 (1958).
- Jessup, P. C., *The Reality of International Law*, 18 Foreign Affairs 244 (1940).
- Jiménez de Aréchaga, E. "Curso de Derecho Internacional Público", Centro Estudiantes de Derecho (1959).
- Kamto, M., *La volonté de l'État en droit international* (Martinus Nijhoff, 2007).
- Kelsen, H., & Tucker, R. W., *Principles of International Law* (Holt, Rinehart & Winston, 2nd ed., 1927).
- Kooijmans, P. H., *Some Thoughts on the Relation between Extra-Legal Agreements and the Law-creating Process*, in Makarczyk J. (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski* (Martinus Nijhoff, 1996) 507.
- Koskenniemi, M., *The Functions of Law in the International Community*, 79 B.Y. Int'l L 353 (2008).
- Koskenniemi, M., *Sources of International Law* (Ashgate, 2000).
- Kotuby Jr., C. T. et al., *General Principles of Law and International Due Process* (OUP 2017).
- Laethley, C., *An Institutional Hierarchy to Combat the Fragmentation of International Law: Has the International Law Commission Missed an Opportunity?*, 40 N.Y.U.J. Int'l L & Pol. 259 (2007).
- Lauterpacht, E., *The Judicial and the Meta-Judicial in International law*, in Makarczyk J. (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski* (Martinus Nijhoff, 1996) 215.
- Lauterpacht, H., *Private Law Sources and Analogies of International Law: With Special Reference to International Arbitration* (Archon Books, 1927).
- Lauterpacht, H., *The Development of International Law by the International Court* (Praeger, 1958).

- McDougal, M. S., & Feliciano, F. P., *International Coercion and World Public Order: The General Principles of the Law of War*, 67 Yale L. J. 5 (1958).
- McNair, A., *The General Principles of Law recognized by Civilized Nations*, 33 B.Y. Int'l L 33 (1957).
- O'Keefe, R., *World Cultural Heritage: Obligations to the International Community as a Whole?*, 53 Int'l & Comp.L.Q 189 (2004).
- Pellet, A., *Article 38*, in: *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary* (Zimmermann & et al. eds., 2012).
- Pellet, A., *Principes Generaux de Droit En Droit International*, These pour le doctorat (9 February 1974).
- Perreau-Saussine, A., *Lauterpacht and Vattel on the Sources of International Law: The Place of Private Law Analogies and General Principles*, in Chetail, V., and Hagenmacher, P., (eds) *Vattel's International Law in a XXIst Century Perspective* (Martinus Nijhoff, 2011).
- Peters, A., *The Principle of Uti Possidetis Juris: How Relevant is it for Issues of Secession?*, in *Self-Determination and Secession in International Law* (OUP, 2014).
- Raimondo, F. O., *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals* (Brill/Nijhoff, 2008).
- Rao, P. S., *The Concept of International Community in International Law: Theory and Practice*, in: *International Law between Universalism and Fragmentation, Festschrift in honour of Gerhard Hafner*, 85 (Brill, 2008).
- Raz, J., *Legal Principles and the Limits of Law*, 81 Yale L. J. 5 (1972).
- Reinoso Barbero, F., coordinador, *Principios Generales del Derecho. Antecedentes Históricos y Horizonte Actual* (Thompson Reuters Arazandi, 2014).
- Rosenne, S., *Codification Revisited After 50 Years*, 2 Max Planck Y. of UN L. 1 (1998).
- Rosenne, S., *Note: Res judicata: Some Recent decisions of the International Court of Justice*, 28 B.Y. Int'l L 365 (1951).
- Sandifer, D. V., *Evidence Before International Tribunals* (The Foundation Press, Inc., 1939).
- Schachter, O., *International Law in Theory and Practice* (Martin Nijhoff, 1991).
- Schlesinger, R. B., *Research on the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations*, 51 Am. J. Int'l L. 4 (1957).
- Shahabuddeen, M., *Precedent in the World Court* (CUP, 2007).
- Simma, B. *Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner*, 20 E. J. Int'l L. 265 (2009).
- Stone, J., *Non-Liquet and the Function of the Law in the International Community*, 35 B.Y.I.L 124 (1959).
- Stuyt, A., *The General Principles of Law: As Applied by International Tribunals to Disputes on Attribution and Exercise of State Jurisdiction* (Martinus Nijhoff, 1946).
- Thirlway, H., *The Sources of International Law* (OUP, 2014).
- Tunkin, G. I., *Is General International Law Customary Law Only?*, 4 Eur. J. Int'l L. 534 (1993).
- Tunkin, G. I., *Theory of International Law* (George Allen & Unwin Ltd., 1974).
- Van Hoof, G. J. H., *Rethinking the Sources of International Law* (Brill, 1983).
- Villiger, M. E., *Customary International Law and Treaties: A Manual on the Theory and Practice of the Interrelation of Sources* (Martinus Nijhoff 1985).

- Watts, A., *The International Court and the Continued Customary International Law of Treaties*, in Judge Shigeru Oda: Liber Amicorum (Nisuke Andão, Edward McWhinney & Rüdiger Wolfrum eds., 2002).
- Wolfke, K., *Some Reflections on Kinds of Rules and International Law-Making by Practice*, in *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski* 587 (Jerzy Makarczyk ed., 1996).
- Wolfrum, R., *General International Law (Principles, Rules, and Standards)* Max Planck Encyclopedia of Public International Law (OUP 2013).
- Yakemtchouk, R., *L'Afrique en Droit International*, (Librairie Generale De Droite et De Jurisprudence, 1971).
- Yee, S., *Article 38 of the ICJ Statute and Applicable Law: Selected Issues in Recent Cases*, 7 J. Int'l Dispute Settlement (2016).
- Zimnenko, B. L., *International Law and the Russian Legal System* (Eleven, 2007).
- Int'l L. Assoc., *Study Group on the Use of Domestic Law Principles for the Development of International Law*, Working session 2016 (Aug.10), available at: <http://www.ila-hq.org/index.php/study-groups>.
- Int'l L. Assoc., *Study Group on the Use of Domestic Law Principles for the Development of International Law*, Working session 2014 (April 8), available at: <http://www.ila-hq.org/index.php/study-groups>.
- Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th-July 24th 1920, with Annexes, Permanent Court of International Justice.

Selected Jurisprudence in International Courts and Tribunals

1. Permanent Court of International Justice

- “*Lotus*”, Judgment, 1927 P.C.I.J. (ser.A) No.10 (Sept.7).
- Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Merits)*, Judgment, 1926 P.C.I.J. (ser.A) No. 7 (May 25).
- Factory at Chorzów (Indemnities)*, Judgment, 1927 P.C.I.J. (ser.A) No. 12 (Nov. 21).
- Factory at Chorzów (Jurisdiction)*, Judgment, 1927 P.C.I.J. (ser.A) No. 9 (July 26).
- Factory at Chorzów (Merits)*, Judgment, 1928 P.C.I.J. (ser.A) No. 17 (Sept. 13).
- Interpretation of the Greco-Turkish Agreement of 1 December 1926 (Final Protocol, Article IV)*, Advisory Opinion, 1928 P.C.I.J. (ser.B) No. 16 (Aug. 28).
- Mavrommatis Palestine Concession*, Judgment, 1924 P.C.I.J. (ser.A), No. 2 (Aug. 30).
- Panevezys-Saldutiskis Railway*, Judgment, 1939 P.C.I.J. (ser.A/B) No. 76 (Feb. 28).
- Polish Postal Service in Danzig*, Advisory Opinion, 1925 P.C.I.J. (ser.B) No. 11 (May. 16).
- Question on Jaworzina*, Advisory Opinion, 1923 P.C.I.J. (ser.B) No. 8 (Dec. 6).

2. International Court of Justice

- Ahmadou Sadio Diallo* (Guinea v. Dem. Rep. Congo), Compensation, 2012 I.C.J. 324 (June 19).
- Application for Revision and Interpretation of the Judgment of 24 February 1982 in the Case concerning the Continental Shelf* (Tunis. v. Libya), Judgment, 1985 I.C.J. 192 (Dec. 10).
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Croat. v. Serb.), Judgment, 2015 I.C.J. (Feb.3); General List No. 118.
- Avena and Other Mexican Nationals* (Mex v. U.S.), Judgment, 2004 I.C.J. 12 (Mar. 31).
- Corfu Channel* (U.K. v. Alb.), Compensation, 1949 I.C.J. 15 (Dec. 15).

Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal, Advisory opinion, 1954 I.C.J. 47 (July 13).

Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (U.S. v. It.), Judgment, 1989 I.C.J. 15 (July 20).

Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Italy v. Fr., U.K. and U.S.), Preliminary objections, 1954 I.C.J. 19 (June 15).

South West Africa (Eth. v. S. Afr.; Liber. v. S. Afr.), Judgment, 1966 I.C.J. 6 (July 18).

Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thai.), Judgment, 1962 I.C.J. 6 (June 15).

3. Inter-State Arbitration

Antoine Fabiani Case (France v. Venezuela). RIAA X, 83–139, 1891.

Delagoa Bay Railway Arbitration (UK/USA v. Portugal), 1900.

Lena Goldfields Case (Lena Goldfields, Ltd. v. the Soviet Government). 5 ILR 427, 1930.

Naulilaa Arbitration (Portugal v. Germany). 4 ILR 467, 1928.

The Pious Fund Case (USA v. Mexico). RIAA IX, 1–14, 1902.

Russian Claim for Indemnities (Russia v. Turkey), Permanent Court of Arbitration, 11 November 1912.

Yuille, Shortridge and Co. (UK v. Portugal), award of 21 October 1861.

4. International Criminal Courts and Tribunals

Kambanda v. Prosecutor, Case No. ICTR-97-23-A, Judgment (Int'l Crim. Trib. for Rwanda Oct. 19, 2000).

Prosecutor v. Blagojević & Jokić, Case No. IT-02-60-T, Judgment (Int'l Crim. Trib. for the former Yugoslavia Jan.17, 2005).

Prosecutor v. Bralo, Case No. IT-95-17-A, Judgment on Sentencing Appeal (Int'l Crim. Trib. for the former Yugoslavia Apr.2, 2007).

Prosecutor v. Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment (Int'l Crim. Trib. for Rwanda Sept. 2, 1998).

Prosecutor v. Musema, Case No. ICTR- 96-13-T, Judgment (Int'l Crim. Trib. for Rwanda Jan. 27, 2000).

Prosecutor v. Nikolić, Case No. IT- 02-60/1-S, Sentencing Judgment (Int'l Crim. Trib. for the former Yugoslavia Dec.2, 2003).

Prosecutor v. Tadić, Case No. IT-94-1-A, Judgment (Int'l Crim. Trib. for the former Yugoslavia July 15, 1999).

Prosecutor v. Tadić, Case No. IT-94-1-T, Decision on the Defense Motion on the Principle of *Non-Bis-In-Idem* (Int'l Crim. Trib. for the former Yugoslavia Nov. 14, 1995).

Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision concerning Pre-Trial Chamber I's Decision of 10February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr Thomas Lubanga Dyilo (Int'l Criminal Court May 23, 2006).

Situation in Uganda, Case No. ICC-02/04-01/05, Decision on the Prosecutor's Position on the Decision of Pre-Trial Chamber II to Redact Factual Descriptions of Crimes from the Warrants of Arrest, Motion for Reconsideration, and Motion for Clarification (Int'l Criminal Court Oct. 28, 2005).

5. Iran-US Claims Tribunal

Aeronutronic Overseas Servs., Inc. v. Government of the Islamic Republic of Iran, 7 Iran-U.S. C.T.R., Award No. ITM 44-158-1 (Aug. 24, 1984).

American Bell Int'l, Inc. v. Islamic Republic of Iran, 9 Iran-U.S. C.T.R. 107 Award No. 255-48-3 (Sept. 19, 1986).

CMI International, Inc. v. Ministry of Roads and Transportation and Islamic Republic of Iran, 4 Iran-U.S. C.T.R Award No. 99-245-2 (Dec. 27, 1983).

Gould Mktg., Inc. v. Ministry of Defense of the Islamic Republic of Iran, 6 Iran-U.S. C.T.R. Award No. 136-49/50-2 (June 22, 1984).

Morgan Equip. Co. v. Islamic Republic of Iran, Award No. 100-28-2 (Dec. 27, 1983).

Questech, Inc. v. Ministry of National Defense of the Islamic Republic of Iran, 4 Iran-U.S. C.T.R. Award No. 191-59-1 (Sept. 25, 1985).

R.J. Reynolds Tobacco Co. v. Gov't of the Islamic Republic of Iran, 7 Iran-U.S. C.T.R. Award No. 145-35-3 (July 31, 1984).

6. International Investment Arbitration

Amco Asian Corporation and Others v. Indonesia, ICSID AKU/81/1, Award of November 20, 1984, 89 ILR (1992).

Asian Agricultural Products Limited v. Sri Lanka, ICSID ARB/87/3, Award, 27 June 1990.

Canfor Corporation v. United States, Terminal Forest Products Ltd. v. United States (Consolidated NAFTA / UNCITRAL), Preliminary Question, 6 June 2006.

Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. Cameroon, ICSID Case No. ARB/81/2, Decision on Annulment.

MTD Equity Sdn. Bhd and MTD Chile S.A v. Chile, ICSID ARB/01/7, Award, 25 May 2004.

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A v. The Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID ARU/02/13, Award, 31 January 2006.

Sempra Energy International v. Argentina, ICSID ARB/02/16, Award, 28 September 2007.

Sociedad Anonima Eduardo Vieira v. Chile, ICSID ARB/04/7, Award, 21 August 2007.

Terniras Medioambientales Tecmed, S.A. v. Mexiro, ICSID ARE (AF)/00/2, Award, 29 May 2003.

Waste Management v. Mexico (II), ICSID ARB(AF)/OO/3, Jurisdiction, 26 June 2002.

7. Regional Courts

Advisory Opinion on Juridical Condition and the Rights of the Undocumented Migrants, IACtHR, OC-18/03 (17 September 2003).

Advisory Opinion on the Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law, OC-16/99 (1 October 1999).

Case of Golder v. the United Kingdom, ECtHR Application No. 4451/70.

Case of the Five Pensioners v. Peru, IACtHR Series C, No. 98 (28 February 2003).

Courage Ltd. v. Bernard Crehan, ECJ 20 September 2001, case C-453/99.

Erich Stauder v. City of Ulm, [1969] ECR, Case 26/69.

Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, 2 ECJ 15 May 1986, case 222/84.

Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat international foundation v. Council of the European Union and Commission of the European Communities (Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P) Judgment of 2 September 2008.

Mangold v. Helm, 6 ECJ 22 November 2005, case C-144/04.

B. La prueba ante las cortes y tribunales internacionales

Sr. Aniruddha Rajput

Introducción

1. En el presente documento se propone la inclusión del tema “La prueba ante las cortes y tribunales internacionales” en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión de Derecho Internacional.

2. El arreglo pacífico de controversias es una obligación que impone el Artículo 2, párrafo 3, de la Carta de las Naciones Unidas y también un principio de derecho internacional consuetudinario¹. La litigación internacional es una de las formas importantes de arreglo pacífico de controversias internacionales, como se especifica en el Artículo 33, párrafo 1, de la Carta de las Naciones Unidas. La claridad y la seguridad en los procedimientos reforzarían el estado de derecho internacional.

3. La prueba puede desempeñar un papel determinante en un proceso de litigación. Según Sir Gerald Fitzmaurice, el resultado de un litigio internacional puede, de hecho, “depender de los incidentes de una situación en gran medida procesal o formal”². Las cortes y tribunales internacionales tienen que aplicar a los hechos normas de derecho internacional. Por tanto, la prueba de los hechos es parte esencial del procedimiento de litigación: *idem est non probari non esse* (lo que no ha sido probado no existe o no es cierto)³. La solución de una controversia solo es posible si el órgano decisorio identifica los hechos de manera apropiada y luego aplica principios legales a esos hechos⁴. La prueba es el método de demostrar los hechos⁵. El presente tema se limita a la prueba de los hechos.

4. En el pasado, era infrecuente que la resolución de controversias de hecho requiriese la atención y la energía de cortes y tribunales internacionales. En la mayoría de los casos las partes admitían de antemano los hechos y las cortes o tribunales se limitaban a aplicar la ley. Aun cuando había controversias factuales, eran relativamente menores y podían resolverse en el marco de la interpretación legal, sin necesidad de entrar en polémicas respecto de los hechos. En raras ocasiones se ha ocupado la Corte Internacional de Justicia de causas que conlleven hechos complejos y controvertidos, como la causa relativa al *Canal de Corfú* o la causa relativa al *África Sudoccidental*. En los últimos tiempos esta situación ha cambiado. La Corte Internacional de Justicia ha tenido que ocuparse de pruebas documentales y orales complejas en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* y lidiar con pruebas periciales en la causa relativa a la *Caza de la ballena en el Antártico*. El creciente volumen de causas y la naturaleza de estas puso de manifiesto que en el futuro aumentarían las causas con hechos complejos y controvertidos. Otras cortes y tribunales, como los Grupos especiales y el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y las cortes y tribunales de derechos humanos (la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de

¹ *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* [Competencia y admisibilidad], fallo de 26 de noviembre de 1984, 1984 I.C.J. Reports, págs. 14 y ss., en especial pág. 145 (párr. 290).

² Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. 2 (Grotius Publications, 1986), págs. 575 a 578.

³ *Corfu Channel Case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)* [Cuestiones de fondo], fallo de 9 de abril de 1949, I.C.J. Reports 1949, págs. 4 y ss., en especial págs. 15 y 16.

⁴ Anna Riddell y Brendan Plant, *Evidence before the International Court of Justice* (British Institute of International and Comparative Law, 2009), pág. 1.

⁵ Ludes y Gilbert han elaborado la siguiente definición general y útil de la prueba: “Por prueba se entiende todo esfuerzo que tenga por objeto demostrar la verdad o los hechos, algo que sirva como evidencia, un elemento o argumento convincente; el efecto de la evidencia; la demostración de un hecho mediante una evidencia; la ‘prueba’ es el resultado o el efecto de la evidencia, mientras que la ‘evidencia’ constituye el medio por el cual un hecho es demostrado o desmentido.” F. J. Ludes y H. J. Gilbert (eds.), *Corpus Juris Secundum: A Complete Restatement of the Entire American Law, Vol. 31 A: Evidence* (West Publishing Company, 1964), pág. 820.

Derechos Humanos) han tenido que ocuparse sistemáticamente de cuestiones factuales complejas.

5. La transformación de la naturaleza de las controversias internacionales con el incremento de las controversias complejas desde el punto de vista factual fue subrayado por la Presidenta de la Corte Internacional de Justicia, la Magistrada Higgins, en su intervención ante la Comisión de Derecho Internacional en su 58º período de sesiones, en la que dijo:

La labor de la Corte incluye cada vez más causas que conllevan numerosas cuestiones de hecho en las que la Corte ha de examinar y sopesar detenidamente la prueba. Ya no puede centrarse únicamente en cuestiones de derecho. Estas causas han planteado toda una serie de nuevas cuestiones procesales a la Corte⁶.

El reconocimiento de esta transformación de la función judicial también se ha señalado en los escritos sobre el tema. En palabras del Profesor Franck:

La Corte Internacional de Justicia es un tribunal de primera instancia, así como un tribunal de última instancia. Debe esforzarse con todas sus fuerzas por resolver las causas basándose en los hechos (conclusiones fidedignas respecto de los hechos) y evitar en la mayor medida posible la tentación de mitigar la escasez de pruebas fácticas, o la falta de análisis de los hechos, recurriendo a doctrinas del derecho con el fin, intencionadamente o no, de soslayar el recurso a los hechos⁷.

Necesidad e importancia de reglas de prueba generales

6. Los reglamentos de las cortes y tribunales internacionales y sus instrumentos constitutivos no se ocupan en detalle de la prueba. Se limitan a hacer una referencia general a la prueba en lo que se refiere a los plazos y a su presentación. No contienen referencia alguna a los tipos de prueba, presentación, tramitación, valoración y conclusiones que deben extraerse de la prueba. La práctica judicial de diferentes cortes y tribunales ha desarrollado reglas de prueba que van más allá de los reglamentos existentes de las cortes y tribunales internacionales. Los ámbitos que se abarcarían en el marco del presente tema (examinado en el párr. 10) llenaría este vacío.

7. En ausencia de reglas de prueba, las cortes y tribunales se han estado basando en la jurisprudencia desarrollada por otras cortes y tribunales⁸. Esta práctica da flexibilidad al órgano decisorio, pero crea incertidumbre y falta de uniformidad en las reglas que se aplican o se aplicarían. Un elemento de una administración de justicia equitativa es que las partes en una controversia conozcan, de antemano, qué reglas se aplicarán a la prueba. Una aplicación fluctuante de las reglas de prueba daría, inevitablemente, resultados dispares a pesar de estar basados en las mismas pruebas materiales⁹. La labor de los órganos decisorios se vería facilitada si la Comisión se ocupase de este tema.

⁶ Intervención de la Magistrada Rosalyn Higgins, Presidenta de la Corte Internacional de Justicia, en el 58º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional, 25 de julio de 2006 (<http://www.icj-cij.org/court/index.php?pr=1272&pt=3&p1=1&p2=3&p3=1>).

⁷ Thomas Franck, "Fact-finding in the ICJ" en R. Lillich (ed.), *Fact-finding before International Tribunals* (transnacional, Ardsley-on-Hudson, 1991), pág. 32

⁸ Organización Mundial del Comercio, *Estados Unidos – Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India*, Informe del Órgano de Apelación (25 de abril de 1997) WT/DS33/AB/R; *Asian Agricultural Products Limited v. Republic of Sri Lanka*, *ICSID Reports*, vol. 4, págs. 246 y ss., en especial pág. 272, 1990; *EDF (Services) Ltd. v. Romania*, laudo de 8 de octubre de 2009, caso del CIADI núm. ARB/05/13, párr. 221; Chester Brown, *A Common Law of International Adjudication* (Oxford University Press, 2007), págs. 35 a 82.

⁹ Hay veces en los que los jueces llegan a conclusiones diferentes a partir del mismo material. Por ejemplo, en la *Causa de la República Democrática del Congo c. Uganda*, Uganda presentó una reconvencción contra la República Democrática del Congo (Zaire por entonces) alegando que era víctima de operaciones militares llevadas a cabo por grupos armados hostiles que tenía la base en la República Democrática del Congo y que habían sido tolerados por sucesivos Gobiernos congolese. La mayoría concluyó que el hecho de que el Gobierno de Zaire no adoptara ninguna medida equivalía a "tolerar" o "consentir" las actividades de los grupos rebeldes (véase, en especial, párr. 301). No obstante, el Magistrado Kooijmans llegó a una conclusión diferente. Dijo: "Sin embargo, no he

8. El tema se limitaría a las reglas de prueba de aplicación general. Hay acuerdo en la doctrina respecto de las reglas de prueba que tienen aplicación general¹⁰. Además, los parámetros aplicados para los tipos de procedimiento a los que estas normas se aplicarían (párr. 12), también servirían de guía para mantener la generalidad de las reglas. El criterio de selección de las reglas de prueba sobre la base de la generalidad aseguraría que no haya interferencias en la flexibilidad de las características institucionales de los diferentes órganos decisorios. Para asegurar la generalidad del resultado del presente proyecto y su aceptabilidad, podría llevarse a cabo una labor de divulgación (formal e informal) entre las cortes y tribunales internacionales desde las primeras etapas y a lo largo de la evolución del proyecto.

9. Además de contribuir a la uniformidad del proceso de litigación, el tema también contribuiría a evitar la fragmentación del derecho procesal. Si la cuestión de la prueba (que es una cuestión de procedimiento) no se aborda, ello resultaría en el desarrollo de prácticas contradictorias debido a la multiplicidad de cortes y tribunales y de complejidades técnicas y factuales. Un sistema fracturado llevaría a decisiones incoherentes y carentes de uniformidad y erosionaría la fe y la confianza de los Estados en el proceso de resolución de controversias.

Examen del tema por otros órganos

10. El Instituto de Derecho Internacional aprobó en 2004 unas reglas de prueba en la litigación internacional¹¹. La labor realizada por el Instituto de Derecho Internacional es fundamental y sería de utilidad para el presente estudio. No obstante, hay que tener presente que, desde que se concluyó el proyecto, ha habido muchas novedades en diferentes ámbitos del derecho internacional en relación con la prueba. En particular, en el ámbito del derecho mercantil y el derecho del mar, y en la jurisprudencia de órganos decisorios regionales¹². La International Bar Association ha elaborado las Reglas de Prueba de la International Bar Association, que se utilizan con frecuencia en el arbitraje relacionado con tratados de inversiones y en el arbitraje comercial internacional. Estas Reglas se refieren a la relación comercial, si bien no se limitan a ella, aunque es el ámbito en el que se aplican en la mayoría de los casos. La labor del Instituto de Derecho Internacional y de la International Bar Association será de utilidad para el presente estudio. No obstante, ello habría de hacerse sin olvidar los contextos y peculiaridades de esas entidades. La Asociación de Derecho Internacional ha establecido un Comité sobre el Procedimiento de las Cortes y Tribunales Internacionales. Este Comité está examinando las reglas de procedimiento en general, y la prueba es uno de los subtemas estudiados¹³. Ni que decir tiene que la Comisión tiene acceso a los Estados y puede, por tanto, confirmar la conveniencia y la utilidad del resultado de su labor tomando como base las opiniones de estos. El resultado del presente

encontrado en el expediente ni en ningún informe relevante evidencia alguna de que el Gobierno de Kinshasa no estuviera en condiciones de ejercer su autoridad en la parte oriental del país durante todo el período en cuestión y que, por ende, no pudiera cumplir con su deber de vigilancia antes de octubre de 1996; la República Democrática del Congo ni siquiera ha tratado de aportar evidencias al respecto.” *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)* [Cuestiones de fondo], fallo de 19 de diciembre de 2005, *I.C.J. Reports 2005*, págs. 168 y ss. (opinión disidente del Magistrado Kooijmans).

¹⁰ Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court 1920-1996*, vol. III, (Nijhoff, 1997), pág. 1201; Hugh Thirlway, “Procedural Law and the International Court of Justice” en Lowe y Fitzmaurice (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings* (Cambridge University Press, 1996), pág. 389; Chester Brown (nota 8) [págs. 83 a 118]; Dr. Mojtaba Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues: A Study on Evidence Before International Tribunals* (Kluwer Law International, 1996); C. F. Amerasinghe, *Evidence in International Litigation* (Martinus Nijhoff Publishers, 2005).

¹¹ “Principles of evidence in international litigation”, *Yearbook of the Institute of International Law*, vol. 70-I (Brujas), 2003, pág. 138.

¹² *Ibid.*, págs. 156 a 187; preámbulo, proyecto de resolución sobre “Principles of Evidence in International Litigation”, *Yearbook of the Institute of International Law*, vol. 70-I (Brujas), 2003, págs. 356 y 357.

¹³ Mandato del Comité, “Committee on the Procedure of International Courts and Tribunals” de la International Law Association (<http://www.ila-hq.org/index.php/committees>), pág. 1.

estudio constituiría una aportación de peso con un notable valor práctico. Otros órganos de expertos independientes han señalado en el pasado la necesidad de que la Comisión lleve a cabo el presente estudio¹⁴. El tema también es uno de los que la Secretaría ha incluido en la lista de los seis temas que requieren atención¹⁵.

11. En el pasado, la Comisión se ha centrado principalmente en cuestiones sustantivas de derecho internacional. La única ocasión en que la Comisión se ocupó del procedimiento fue en 1958, cuando preparó el Modelo de Reglas sobre Procedimiento Arbitral¹⁶. Ello no debe disuadirla de adentrarse en el presente tema, ya que la Comisión posee los conocimientos y la experiencia necesarios. Además de recibir opiniones de los Estados, la Comisión podría tratar de solicitar la opinión de las cortes y tribunales internacionales que se enfrentan sistemáticamente a estos problemas. También podría llevarse a cabo una labor de divulgación adicional para obtener información de otros órganos profesionales a fin de enriquecer la labor de la Comisión. Con ello, el resultado del proyecto gozaría de aceptación general, y tendría utilidad y peso.

Ámbito de aplicación de la labor

12. Para mantener el proyecto dentro de unos márgenes manejables, podrían hacerse algunos ensayos. Con ellos se verificaría en qué procedimientos sería de aplicación el resultado del proyecto. Las tres condiciones podrían ser las siguientes.

a) *Al menos una de las partes en la controversia debe ser un Estado*

Las reglas de prueba elaboradas en el contexto del presente tema serían de aplicación a controversias en las que al menos una de las partes fuera un Estado. Este es un criterio amplio que incluye los casos en los que todas o más de una de las partes en la controversia sea un Estado. Ello abarcaría: controversias entre Estados o controversias entre personas físicas o jurídicas y Estados; y controversias planteadas ante cortes y tribunales internacionales de carácter universal y regional. En el marco de este criterio se incluiría una amplia gama de asuntos objeto de controversia encuadrados en el derecho internacional. Tras esta primera criba, quedarían excluidos los procedimientos planteados ante cortes y tribunales internacionales que se pronuncien sobre la responsabilidad penal individual, ya que los Estados no son parte en los procedimientos *per se*. También quedarían fuera del proyecto los procesamientos de personas por crímenes según el derecho internacional de los que conozcan cortes y tribunales internacionales, ya que la naturaleza de estos procedimientos, el estándar y la calidad de la prueba, el grado de cooperación de los Estados, etc., son específicos. No sería posible tener en cuenta todos los matices de estos procedimientos al abordar el presente tema.

b) *Al menos uno de los derechos aplicables debe ser el derecho internacional*

En la mayoría de las controversias interestatales, el derecho internacional público sería el derecho aplicable. En las controversias en las que una de las partes sea un Estado, es posible que sean de aplicación otras legislaciones además del derecho internacional. Por ejemplo, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos aplica gran variedad de leyes, como leyes comerciales, además del derecho internacional¹⁷. El artículo 42 del Convenio

¹⁴ *The Role and Future of the International Law Commission* (British Institute of International and Comparative Law, 1998); Vaughan Lowe, "Future Topics and Problems of the International Legislative Process" en *The International Law Commission Fifty Years After: An Evaluation, Proceedings of the Seminar held to commemorate the fiftieth anniversary of the International Law Commission*, 21 y 22 de abril de 1998, pág. 130.

¹⁵ Comisión de Derecho Internacional, "Programa de trabajo a largo plazo: Posibles temas de examen teniendo en cuenta la revisión de la lista de temas establecida en 1996 a la luz de los acontecimientos posteriores. Documento de trabajo preparado por la Secretaría. Adición" (31 de marzo de 2016), [A/CN.4/679/Add.1](#), párrs. 42 a 47.

¹⁶ "Modelo de reglas sobre procedimiento arbitral" (con comentarios), *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1958*, vol. II, págs. 90 a 95.

¹⁷ Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria Concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic of Iran (Claims Settlement Declaration) (aprobada el 19 de enero de 1981), art. 5: "El

sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), reconoce que el tribunal de inversiones puede aplicar el derecho internacional, además del derecho nacional del Estado que sea parte en la controversia¹⁸. Las decisiones de estas cortes y tribunales se basan en el derecho internacional y tienen una repercusión en el conjunto de normas que constituyen el derecho internacional vigente. Con la inclusión de estas cortes y tribunales en el proyecto se evitarían las posibilidades de fragmentación. Este criterio es necesario para excluir los casos en que los Estados son parte pero el derecho internacional público no se aplica. Se trata de controversias resultantes de contratos comerciales celebrados entre Estados y personas jurídicas y entre Estados y otras personas. En estos procedimientos se aplican el derecho nacional o las disposiciones sobre el conflicto de leyes.

c) *Resolución de controversias mediante la litigación (ante cortes y tribunales internacionales)*

En la forma actual del proyecto, sería conveniente limitarlo a las controversias que se resuelvan por la vía judicial, es decir, mediante la litigación ante cortes y tribunales internacionales. Es posible que, dada la generalidad de los resultados del proyecto, otros órganos, como el Comité de Derechos Humanos o el Comité contra la Tortura, o comisiones de investigación, puedan utilizar partes del trabajo. No obstante, el proyecto puede volverse inmanejable si las reglas de prueba se elaboran teniendo presentes a esos órganos o comisiones en este momento.

Ámbitos abarcados en el marco del presente tema

13. En esta etapa incipiente, solo se presenta una lista provisional de temas que se abarcarán en el presente tema. Hay tres ámbitos principales que han surgido sistemáticamente ante las cortes y tribunales internacionales en el pasado y en los que, por tanto, cabría centrarse en el presente proyecto.

a) *Disposiciones introductorias y generales*

Las disposiciones introductorias podrían abordar los antecedentes, el propósito y el contexto del proyecto. Pueden estudiarse disposiciones generales, como la igualdad de las partes, cuáles son las situaciones en que se requiere la prueba, los hechos objeto de controversia, etc.

b) *Presentación de pruebas*

¿Recae en las partes la responsabilidad de presentar las pruebas? ¿Puede pedir el órgano que juzga pruebas? y ¿en qué situaciones?

c) *Formas de prueba*

Cabría estudiar diferentes formas de prueba que podrían presentar las partes y podría examinar el órgano decisorio. Algunos de los temas podrían ser la tramitación de la prueba documental, la prueba oral, la prueba de peritos y las visitas a emplazamientos (*descente sur les lieux*).

d) *Admisibilidad*

¿Hay reglas de admisibilidad de la prueba? y, de ser así ¿qué reglas de admisibilidad podrían aplicarse?

Tribunal dirimirá todos los asuntos sobre la base del respeto de la ley, aplicando aquellas normas y principios jurídicos del derecho comercial e internacional que el Tribunal estime aplicables, teniendo en cuenta los usos pertinentes del comercio, las disposiciones contractuales y el cambio de circunstancias.”

¹⁸ Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (aprobado el 18 de marzo de 1965, en vigor desde el 14 de octubre de 1966), *International Legal Materials*, vol. 4, pág. 524 (1965), art. 42.

e) *Excepciones a la presentación de pruebas*

¿Puede haber excepciones en la presentación de pruebas, en particular cuando son solicitadas por la otra parte o por el órgano decisorio? ¿Cabe la inferencia en contrario en los casos en que una de las partes en la controversia se niegue a presentar la prueba?

f) *La carga de la prueba*

Pueden examinarse áreas como la carga de la prueba (*onus probandi incumbit actori*); el traslado de la carga de la prueba; los criterios de la carga de la prueba; la regla de que la parte que se acoja a excepciones debe probarlas (*reus in excipiendo fit actor*) y otras reglas.

g) *Presunciones*

Podrían estudiarse más a fondo reglas como la notificación judicial, el principio de que el juez conoce la ley (*iura novit curia*) y otros principios.

Metodología

14. El resultado del proyecto se basaría fundamentalmente en reglas desarrolladas y aplicadas en la práctica judicial, la práctica de los Estados y la doctrina¹⁹. El tema tiene gran afinidad con la litigación, por tanto es evidente e inevitable tomar como base la práctica judicial. La mayoría de las reglas de prueba se extraerían de la jurisprudencia de diversas cortes y tribunales internacionales. El grado en que se recurra a uno en comparación con otro dependería de la valoración cualitativa y cuantitativa del material elaborado por esos órganos en determinadas esferas. La práctica estatal tiene una relación simbiótica con la práctica judicial en este ámbito. En la mayoría de los casos, las reglas de prueba que aplican las cortes y tribunales se basan en los argumentos presentados por los Estados en las actuaciones judiciales. Los Estados, a su vez, han tomado como base esas reglas al presentar sus alegaciones ante las cortes y tribunales internacionales. Con ello, se ha desarrollado una continuidad en el empleo de esas reglas. Las alegaciones de los Estados ante las cortes y tribunales internacionales podrían constituir práctica de los Estados²⁰. Este ámbito, en el que ha habido un aumento de la actividad litigadora, ha atraído a la doctrina. Hay una cantidad considerable de material académico sobre el tema, que también se tendría en cuenta. Sería inapropiado y polémico limitarse a tomar algunas reglas de los ordenamientos jurídicos nacionales²¹. Una manera adecuada sería utilizar las reglas que emanen de los ordenamientos jurídicos nacionales pero que hayan sido utilizadas y aplicadas por cortes y tribunales internacionales. Las cortes y tribunales internacionales han tenido cuidado, al hacer esta selección, de incluir reglas de prueba procedentes de diferentes

¹⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas, "Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional (1947)" (21 de noviembre de 1947) (<http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/statute/statute.pdf>), art. 15.

²⁰ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (7ª edición, Oxford: Oxford University Press, 2008), pág. 10; Michael Akehurst, "Custom as a Source of International Law" (1975), *British Yearbook of International Law*, vol. 47 (1), págs. 4 y 5. Akehurst da el ejemplo de la *Mexican Railway Union Claim*, en la que la respuesta del Estado fue considerada la única evidencia de la norma en cuestión, ((1930) *Reports of International Arbitral Awards*, vol. 5), págs. 115 y ss., en especial págs. 122 y 124; véanse también *Eschauzier claim* (1931), *Reports of International Arbitral Awards*, págs. 207 y ss., en especial págs. 210 a 212; *Mergé Claim* (1955), *International Law Reports*, vol. 22, págs. 443 y ss., en especial págs. 449 y 450; y *re Piracy Jure Gentium* [1934] AC 586, 599-600.

²¹ Con respecto a la prudencia necesaria al acudir a normas procesales procedentes del derecho interno, el tribunal en el caso Parker afirmó que: "Como tribunal internacional, la Comisión niega la existencia en el procedimiento internacional de normas relativas a la carga de la prueba extraídas de normas procesales del derecho interno.". *William A Parker (USA) v United Mexican States*, laudo de 31 de marzo de 1926, (1951) *Reports of International Arbitral Awards*, vol. 4, págs. 35 y ss., en especial pág. 39. El Magistrado McNair elaboró una nota sobre procedimiento en las causas relativas al *África Sudoccidental* en la que decía: "El modo en que el derecho internacional recurre a contenidos extraídos de esta fuente no es importando instituciones de derecho privado en bloque, listas y plenamente equipadas con una serie de normas.". *International Status of South-West Africa*, opinión consultiva, 11 de julio de 1950, *I.C.J. Reports 1950*, págs. 128 y ss., en especial pág. 148.

sistemas de derecho y, en particular, de los sistemas de tradición romanista y del *common law*.

15. En la labor sobre el tema hay que tener en cuenta algunas cuestiones teóricas fundamentales. Estas reglas serían de aplicación a controversias en las que intervengan Estados soberanos. Las reglas y las consecuencias a que den lugar no pueden interferir en la soberanía de los Estados contraviniendo el derecho internacional general. Es importante la igualdad de las partes en estos procedimientos, lo que requiere que las actuaciones judiciales se lleven a cabo de buena fe. Al tomar en cuenta todas estas consideraciones teóricas, no puede olvidarse el objetivo último de la administración de justicia como factor que contribuye al estado de derecho internacional. Requiere mención especial la administración de justicia porque, hasta ahora, los Estados gozaban de un gran margen de discrecionalidad a la hora de elegir qué pruebas, y cuántas de ellas, presentar; y las cortes y tribunales internacionales gozaban de un gran margen de discrecionalidad a la hora de considerar las pruebas. Esta flexibilidad puede haber sido útil en el pasado, pero consume gran cantidad de tiempo y de recursos. El aumento del arreglo de controversias por la vía judicial requiere la racionalización de la prueba y de los procedimientos en aras de una utilización óptima del tiempo y de los recursos. Ello no redundará solo en interés de los Estados que sean parte en controversias en curso, sino también en el de los que tal vez quieran acudir a un procedimiento judicial en el futuro. Un conjunto de reglas de prueba claro reforzaría la fe de los Estados en la administración de justicia.

El tema cumple las condiciones establecidas por la Comisión

16. La Comisión ha seguido tres criterios para la selección de temas: “que el tema reflejara las necesidades de los Estados”, “que el tema estuviera en una etapa suficientemente avanzada en cuanto a la práctica de los Estados” y “que el tema fuera concreto y viable”²². En primer lugar, el tema tiene gran utilidad práctica para los Estados. Como se ha señalado en los párrafos precedentes, hay un notable aumento del arreglo de controversias mediante la litigación entre los Estados o de asuntos en que los Estados son parte. Tradicionalmente, el derecho procesal ha sido un campo relativamente abandonado del derecho internacional, en comparación con el derecho sustantivo. Como se ha señalado ya, las reglas de procedimiento de las cortes y tribunales internacionales no se ocupan de estos requisitos. Es necesario crear un conjunto general de normas de prueba que puedan ser utilizadas en los litigios internacionales. Ello proporcionaría claridad a los Estados y seguridad sobre las reglas de prueba que se aplicarían en los litigios internacionales. En segundo lugar, el tema está en una etapa suficientemente avanzada, tanto en lo que se refiere a la práctica de los Estados como a la práctica judicial. Hay material adecuado disponible que puede constituir la base de las reglas. Por último, el alcance del proyecto, recogido en el párrafo 13, y los ámbitos de aplicación, mencionados en el párrafo 12, aseguran que el tema no es demasiado limitado ni demasiado amplio. Los ámbitos identificados son concretos y viables.

17. El avance del proyecto dependería de varios factores; no obstante, habría de hacerse todo lo posible para abordar el tema en tres partes: a) disposiciones introductorias y presentación de pruebas; b) formas de prueba, admisibilidad y excepciones; c) carga de la prueba, presunciones y preámbulo. Cada una de estas partes podrían abordarse, respectivamente, en un informe.

Conclusiones

18. Cabe hacer algunas reflexiones sobre el posible resultado del tema. La Asamblea General podría tomar nota del resultado del tema y recomendarlo a los Estados y a otros interesados. Hay diferentes alternativas para el título del resultado del proyecto. Podrían ser “reglas”, “reglas modelo”, “principios”, “conclusiones” o “directrices”. La decisión del título apropiado podría adoptarse una vez que la Comisión se ocupe del tema y a medida que vaya avanzando en él.

²² *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 72, párr. 238.

Bibliografía

Legal Instruments

1. Convention on Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (adopted 18 March 1965, entered into force 14 October 1966), 4 ILM 524 (1965).
2. Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria Concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic of Iran (Claims Settlement Declaration) (adopted 19 January 1981).
3. Dispute Settlement Understanding of the WTO.
4. Permanent Court of Arbitration Rules (adopted and entered into force 17 December 2012).
5. Permanent Court of International Justice, Revision of the Rules of Court, [1922] PCIJ Series D, No. 2, 210.
6. Rules of conduct for the understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes, (WTO, DSU) WT/DSB/RC/1(96-5267), 11 December 1996
7. Rules of Court, European Court of Human Rights (adopted and entered into force 14 November 2016).
8. Rules of Court, International Court of Justice (adopted 14 April 1978, entered into force 1 July 1978).
9. Rules of Procedure for Arbitration proceedings, International Centre for Settlement of Investment Disputes (adopted 25 September 1967, entered into force 1 January 1968) Rules of Court, European Court of Human Rights (adopted and entered into force 14 November 2016).
10. Rules of Procedure of the European Court of Justice (adopted 3 October 2012, entered into force 1 November 2012).
11. Rules of Procedure of the Inter-American Court of Human Rights (approved by the Court during its LXXXV Regular Period of Sessions, held from 16 - 28 November 2009).
12. Rules of Procedure of the Franco-German Mixed Arbitral Tribunal.
13. Rules of Procedure of the German-Belgian Mixed Arbitral Tribunal.
14. Rules of the Tribunal, International Tribunal for the Law of the Sea (adopted 17 March 2009).
15. Statute of the International Court of Justice (adopted 26 June 1945, entered into force 24 October 1945) 33 UNTS 993.
16. The 1907 Hague Convention for the Pacific Settlement of International Disputes (adopted 18 October 1907, entered into force 26 January 1910).
17. Tribunal Rules of Procedure, Iran-United States Claims Tribunal (adopted 3 May 1983).
18. United Nations Convention of Law of the Sea (concluded 10 December 1982, entered into force 16 November 1994) 1833 UNTS 3.

ILC Documents

1. “Model Rules on Arbitral Procedure with a general commentary, 1958”, *Yearbook of the International Law Commission, 1958*, vol. II.
2. ILC, “Long-term programme of work: Possible topics for consideration taking into account the review of the list of topics established in 1996 in the light of subsequent

developments - Working paper prepared by the Secretariat - Addendum”, (31 March 2016), [A/CN.4/679/Add.I](#).

Works of Other Bodies

1. *Acts and Documents Concerning the Organization of the Court*, Judgment, [1926] PCIJ Series D, Addendum to No 2 Revision of the Rules of Court, p. 250.
2. British Institute of International and Comparative Law, *The Role and Future of the International Law Commission* (British Institute of International and Comparative Law, 1998).
3. Institut de droit internationale “Principles of evidence in international litigation”, 70-I *Yearbook of the Institute of International Law* (Bruges), 2003.
4. International Court of Justice, Registry, United Nations Institute for Training and Research, *A Dialogue at the Court: Proceedings of the ICJ/UNITAR Colloquium held on the occasion of the sixtieth anniversary of the International Court of Justice*, at the Peace Palace on 10 and 11 April 2006 (The Hague International Court of Justice, Registry of the Court, 2007).
5. International Law Association Committee on the Procedure of International Courts and Tribunals, (<http://www.ila-hq.org/index.php/committees>).

Judicial Decisions

Permanent Court of International Justice

1. *Mavrommatis Jerusalem Concessions (Greece v. Britain)*, Reply of the Hellenic Government of 30 August 1927, (1927) PCIJ Series C No. 13-III.
2. *Payment in Gold of the Brazilian Federal Loans Contracted in France (France v. Brazil)*, Judgment of 12 July 1929, (1929) PCIJ Series A no 21.
3. *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex (Switzerland v. France)*, Merits, Judgment of 7 June 1932, (1932) PCIJ Rep Series A/B No 46.
4. *Legal Status of Eastern Greenland*, PCIJ (ser. A/B), No. 53 (5 April 1933).
5. *Lighthouses case between France and Greece (France v. Greece)*, Judgment on 17 March 1934, PCIJ Series A/B, No. 62 (1934).
6. *Case of the Diversion of Water from the River of Meuse (Netherlands v. Belgium)*, Merits, Order of 13 May 1937, (1937) PCIJ Series C, No. 81.
7. *The Diversion of Water from the Meuse (Netherlands v. Belgium)*, Oral Statements and Documents, Pleadings of June 28 1937, (1937) PCIJ Series A./B., No. 81.

International Court of Justice

1. *The Corfu Channel Case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*, Merits, Judgment of 9 April 1949, [1949] ICJ Reports 4.
2. *Anglo Iranian Oil Company case (United Kingdom v. Iran)*, Preliminary Objections, Judgment of 22 July 1952, [1952] ICJ Reports 93.
3. *South West Africa (Liberia v. South Africa)*, Preliminary Objections, Judgment of 21 December 1962, [1962] ICJ Reports 319 (Dissenting Opinion of Judge van Wyk).
4. *South West Africa Cases (Ethiopia and Liberia v. South Africa)*, Order of 29 November 1965, [1965] ICJ Reports 9.
5. *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, Judgment of 5 February 1970, [1970] ICJ Reports 64 (Separate Opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice).

6. *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v United States of America)*, Appointment of Expert, Order of 30 March 1984, [1984] ICJ Reports 165.
7. *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment of 27 June 1986, [1986] ICJ Reports 14.
8. *South West Africa Cases (Ethiopia and Liberia v. South Africa)*, Second Phase, Judgment of 18 July 1986, [1986] ICJ Reports 6.
9. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Further Requests for the Indication of Provisional Measures, Judgment of 13 September 1993, [1993] ICJ Reports 407.
10. *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v Bahrain)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment of 1st July 1994, [1994] ICJ Reports 112.
11. *Case Concerning the Gabčikovo-Nagyamaros Project (Hungary v Slovenia)*, Decision of the Court concerning Site Visit, Order of 5 February 1997, [1997] ICJ Reports 3.
12. *Case Concerning the Gabčikovo-Nagyamaros Project (Hungary v Slovenia)*, Merits, Judgment of 25 September 1997, [1997] ICJ Reports 7.
13. *Kasikili/Sedudu Island (Botswana v. Namibia)*, Counter-Memorial of the Republic of Botswana, 28 November 1997.
14. *Request for Interpretation of the Judgment of 11 June 1998 in the Case concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, Preliminary Objections, Judgment of 25 March 1999, [1999] ICJ Reports 31.
15. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Merits, Judgment of 19 December 2005, [2005] ICJ Reports 168.
16. *Case of Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia & Herzegovina v Yugoslavia)*, Preliminary Objections, Judgment of 11th July 1996, [2006] ICJ Reports 595.
17. *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay)*, Provisional Measures, Order on 13th July 2006, [2006] ICJ Reports 113.
18. *Case Concerning Application Of The Convention On The Prevention And Punishment Of The Crime Of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Merits, Judgment of 26 February 2007, [2007] ICJ Reports 43.
19. *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras (Nicaragua v. Honduras)*, Merits, Judgment of 8 October 2007, [2007] ICJ Reports 659.
20. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v Serbia)*, ICJ Reports (2008).

European Court of Justice and European Court of Human Rights

1. *Mirossevich v High Authority* [1954-6] ECR 333.
2. *Chambre Syndicate de la Sidérurgie v High Authority* [1960] ECR 281.
3. *X v. Audit Board* [1969] ECR 109.
4. *ICI v Commission* [1972] ECR-II 619.
5. *Handyside v. The United Kingdom*, App No. 5493/72 (ECtHR, 7 December 1976).
6. *Ireland v. United Kingdom*, Judgment of 18 January 1978, ECtHR Series A, No. 25.
7. *Klass & Others v. Germany*, App Np. 5029/71 (ECtHR, 6 September 1978).

8. *Artico v. Italy*, Judgment of 13 May 1980, ECtHR Series A, No. 37.
9. *Société CdF Chimie Aztec et Fretilisants v Commission* [1990] ECR-I 3083.
10. *Nijman v Commission* [1991] ECR -II 699.
11. *Frederiksen v Parliament* [1991] ECR-II 1403.
12. *Jabari v. Turkey*, App No. 40035/98 (ECtHR, 11 July 2000).
13. *Ipek v Turkey*, App No. 25760/94 (ECtHR, 17 February 2004).
14. *Third Section Decision As To The Admissibility Of Application No.61603/00 by Waltraud Storck against Germany*, App No. 61603/00 (ECtHR, 26 October 2004).
15. *Giuliani and Gaggio v. Italy*, App No. 23458/02 (ECtHR, 24 March 2011).
16. *G. R. v. The Netherlands*, App No. 22251/07 (ECtHR, 10 January 2012).
17. *C. B. v. Austria*, App No. 30465/06 (ECtHR, 4 April 2013).
18. *Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia*, App Nos. 11082/06 and 13772/05 (ECtHR, 25 July 2013).

Inter-American Court of Human Rights

1. *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, Reparations and Costs, Judgment of July 21, 1989 (Inter-American Court of Human Rights).
2. *Gangaram-Panday v. Suriname*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of 21 January 1994 (Inter-American Court of Human Rights).
3. *Loayza-Tamayo v. Peru*, Merits, Judgment of 17 September 1997 (Inter-American Court of Human Rights).
4. *Case of Suárez-Rosero v. Ecuador*, Merits, Judgment of November 12, 1997 (Inter-American Court of Human Rights).
5. *Tradesmen v. Colombia*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of 5 July 2004 (Inter-American Court of Human Rights).
6. *Apitz-Barbera et al. ("First Court of Administrative Disputes") v. Venezuela*, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of August 5, 2008 (Inter-American Court of Human Rights).
7. *Case of Escher et al. v. Brazil*, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgment of July 6, 2009 (Inter-American Court of Human Rights).
8. *Case of Artavia Murillo et al. ("In Vitro Fertilization") v. Costa Rica*, Preliminary objections, merits, reparations and costs, Judgment of November 28, 2012 (Inter-American Court of Human Rights).
9. *Case of López Lone et al. v. Honduras*, Preliminary objections, merits, reparations and costs, Judgment of October 5, 2015 (Inter-American Court of Human Rights).

Iran-US Claims Tribunal

1. *Flexi-Van Leasing Inc v Iran* (20 December 1982), 1 IUSCTR 455.
2. *Richard Harza v Iran* 1 Iran-USCTR 234.
3. *Richard Harza v Iran* (23 February 1983), 2 Iran-USCTR 68.
4. *RN Pomeroy v Iran*, Award No. 50-40-3 (8 June 1983), 2I USCTR 372.
5. *Chas T Main International v Khuzestan Water and Power Authority of Iran* (27 July 1983), 3 Iran-USCTR 156.
6. *Behring International v Iranian Air Force* (19 December 1983), 4 Iran-USCTR 89.
7. *International Technical Products Corporation v Iran* (28 October 1985) 9 Iran-USCTR 10.

8. *Bechtel v Iran* (4 March 1987), 14 Iran-USCTR 149.

WTO

1. *Japan: Taxes on Alcoholic Beverages - Report of the Panel* (11 July 1996), WT/DS8/R WT/DS10/R WT/DS11/R.
2. *United States: Measures Affecting Imports of Woven Shirts and Blouses from India - Report of the Appellate Body* (25 April 1997) WT/DS33/AB/R.
3. *European Communities: Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) - Report of the Panel* (18 August 1997), WT/DS26/R/USA.
4. *India: Patent Protection for Pharmaceutical And Agricultural Chemical Products - Report of the Appellate Body* (19 December 1997), WT/DS50/AB/R.
5. *European Communities: Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) - Report of the Appellate Body* (16 January 1998), WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R.
6. *Argentina: Measures Affecting Imports of Footwear, Textiles, Apparel and Other Items - Report of the Appellate Body* (27 March 1998), WT/DS56/AB/R.
7. *United States: Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products - Report of the Panel* (15 May 1998), WT/DS58/R.
8. *Australia: Measures Affecting Importation of Salmon - Report of the Panel* (12 June 1998), WT/DS18/R.
9. *Indonesia: Certain Measures Affecting the Automobile Industry - Report of the Panel* (2 July 1998), WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/D59/R, WT/D64/R.
10. *Japan: Measures Affecting Agricultural Products – Report of the Panel* (27 October 1998) WT/DS76/R.
11. *Canada: Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft - Report of the Appellate Body* (20 August 1999), WT/DS70/AB/R.
12. *Turkey: Restrictions on Imports of Textile and Clothing Product - Report of the Panel* (22 October 1999), WT/DS34/R.
13. *European Communities: Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products - Report of the Panel* (18 September 2000), WT/DS135/R.
14. *Japan: Measures Affecting the Importation of Apples – Report of the Panel* (15 July 2003) WT/DS/245/R.
15. *European Communities: Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries - Report of the Appellate Body* (7 April 2004), WT/DS246/AB/R.
16. *Korea: Taxes on Alcoholic Beverages – Report of the Appellate Body* (17 February 2009) WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R.
17. *United States: Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft (Second Complaint) - Report of the Panel* (31 March 2011) WT/DS353/R.

Other judicial decisions

1. *Grisbådarna(Norway v. Sweden)* (1909) 11 RIAA 147.
2. *Hurt v État allemand*, Franco-German MAT (1921), 1 TAM 98.
3. *Chamant v État allemand*, Franco-German MAT (1921-2), 1 TAM 361.
4. *Compagnie d'Electricité de Sofia et de Bulgarie*, Bulgar- Belgium MAT (1923), 3 TAM 308.
5. *William A Parker (USA) v United Mexican States*, Award of 31 March 1926, (1951) 4 RIAA 35.

6. *Island of Palmas Case (or Miangas), (United States v Netherlands)*, (1928), 2 U.N. Rep. Int'l Arb. Awards 829.
7. *Mexican Railway Union Claim*, (1930 RIAA vol 5).
8. *William E. Bowerman and Messrs. Burberry's (Ltd.) (Great Britain) v United Mexican States*, 15 February 1930, 5 RIAA 104 (GB-Mexico CC, 1930).
9. *Lillie S. Kling (USA) v United Mexican States*, 8 October 1930, Vol 4 RIAA 575 (US-Mexico CC, 1930).
10. *John Gill (Great Britain) v United Mexican States*, 19 May 1931, 5 RIAA 76 (GB-Mexico CC, 1930).
11. *Eschauzier claim*, 24 June 1931, (1931) RIAA 207.
12. *Re Piracy Jure Gentium* [1934] AC 586.
13. *Mergé Claim* (1955) ILR 22 443.
14. *Lighthouses Arbitration (Greece v France)* (1956) 12 RIAA 155.
15. *Palena (Argentina v Chile)* (1966) 38 ILR 10.
16. *Dispute on the Frontier between Boundary Post 62 and Mount Fitzroy (Argentina v Chile)* (1966) 22 RIAA 3.
17. *Beagle Channel (Argentina v Chile)* (1977) 52 ILR 93.
18. *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of Congo*, Award of 8 August 1980, ICSID Case No. ARB/77/2.
19. *Liberian East Timber Corporation v. Liberia*, Award of 31 March 1986, ICSID Case No. ARB/83/2.
20. *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. Senegal*, Award of 25 February 1988, ICSID Case No. ARB/82/1.
21. *Asian Agricultural Products Limited v. Republic of Sri Lanka*, 4 ICSID Reports, 1990.
22. *Tariff Applied by Canada to Certain US-Origin Agricultural Products (United States v Canada)*, 2 December 1996, CDA-95-2008-1 (NAFTA Ch 20 Panel 1996).
23. *The M/V 'SAIGA' (No. 20 (Saint Vincent and the Grenadines v Guinea))*, Merits, Judgment of 1 July 1999, ITLOS Case No 2, (Separate Opinion of Wolfrum).
24. *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, Award of 17 February 2000, ICSID Case No. ARB/96/1.
25. *Pope and Talbot Inc. v. The Government of Canada*, Decision by Tribunal of 6 September 2000, [2005] 7 ICSID Reports 99.
26. *Prosecutor v Radoslav Branin and Momir Tali*, Decision on interlocutory appeal, ICTY Appeals Chamber, (11 December 2002), IT-9-36-AR73.9.
27. *Marvin Feldman v Mexico*, 16 December 2002, ARB(AF)/99/1.
28. *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, Procedural Order No. 1 of 31 March 2006, ICSID Case No. ARB/05/22.
29. *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, Procedural Order No. 2 of 24 May 2006, ICSID Case No. ARB/05/22.
30. Case No. 2011-01.

Literature

1. A Riddell, "Report on the Oral Proceedings in the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro*): Selected Procedural Aspects" (2007) 2 LJIL 414.

2. Andreas Reiner, *'Burden and General Standard of Proof'* (1994) 10 *Arbitration International*.
3. Andres Anguilar Mawdsley, *Evidence before the International Court of Justice Essays in Ronald St. John Macdonald (edn) Honour of Wang Tieya*, (Dordrecht, Boston and London, Martinus Nijhoff, 1994).
4. Anna Riddell and Brendan Plant, *Evidence before the International Court of Justice* (British Institute of International and Comparative Law, 2009).
5. C.F. Amaresinghe, *Evidence in International Litigation* (Martinus Nijhoff Publishers, 2005).
6. Chester Brown, *A Common Law of International Adjudication* (Oxford University Press, 2007).
7. CN Brower, 'Evidence Before International Tribunals: the Need for Some Standard Rules' (1994) 28 *International Lawyer* 49.
8. CN Brower, 'The Anatomy of Fact-finding before International Tribunals: An Analysis and a Proposal Concerning the Evaluation of Evidence', R Lillich (ed), *Fact Finding before International Tribunals* (Transnational Publishers, 1992).
9. Durward V. Sandifer, *Evidence before International Tribunals* (2nd edn, The Foundation Press, 1975).
10. E Valencia-Ospina, 'Evidence Before the International Court of Justice' (1999) 4 *International Law FORUM du droit international*.
11. Gillian M. White, *The Use of Experts by International Tribunals* (Syracuse University Press, 1965).
12. Hudson, 'Visits by International Tribunals to Places Cornered in Proceedings', (1937) 31 *AJIL* 696.
13. Hugh Thirlway, "Dilema or Chimeria? Admissibility of Illegally Obtained Evidence in International Adjudication" (1984) 78 *AJIL* 622.
14. Hugh Thirlway, "Evidence Before International Courts and Tribunals" in R Bernhardt (ed), *Encyclopedias of Public International Law*, vol 2, (Max Planck Institute for Comparative Public and International Law, 1995).
15. J F Lalive, "*Quelques remarques sur la preuve devant la cour permanente et la cour internationale de justice*" (1950) 7 *Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht* 77.
16. J. C. Witenberg, "La théorie des preuves devant les juridictions internationales" (1936-II) 56 *Recueil des Cours* 1.
17. James Cameron and Stephen Orava, "*GATT/WTO Panels between Recording and Finding Facts*" in Weiss (ed), *Improving Dispute Settlement Procedures: Issues & Lessons from the Practice of Other International Courts & Tribunals*, (Cameron May, 2000).
18. Jochen Frowein, "*Fact-Finding by the European Commission of Human Rights*" in *Fact Finding before International Tribunals* (Richard Lillian (ed), 1991).
19. Joost Pauwelyn, "The Use of Experts in WTO Dispute Settlement", (2002) 51 *ICLQ* 325.
20. Keith Highet, "Evidence and Proof of Facts" in Lori F. Samrosch, *The International Court of Justice At A Crossroads* (Transnational Publishers, 1987).
21. Knisch P, "*On the Uncertainties Surrounding the Standard of Proof in Proceedings before International Court and Tribunals*" Venturini G and Bariatti S (eds) in *Liber Fausto Pocar*, Vol 1 (2009).
22. M Straus, "The Practice of the Iran-US Clams Tribunal in Receiving Evidence from Parties and From Experts" (1986) 3 *Journal of International Arbitration* 57.

23. Malcolm N Shaw, *Rosenne's Law and Practice of the International Court: 1920-2015* (5th edn, Brill: Nijhoff, 2017)
24. Markian Malskyy, *Adverse Inference in the WTO and the Practice of International Dispute Settlement Fora* (https://arzinger.ua/files/file/file_collection/en/0_Vyvod_v_pol_dr_st.pdf).
25. Markus Benzing, "Evidentiary Issues" in Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, Karin Oellers-Frahm and Christian Tams (eds), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (2nd edn, Oxford University Press, 2012).
26. Michael Reisman and Eric Freedman, 'The Plaintiff's Dilemma: Illegally Obtained Evidence and Admissibility in International Adjudication' (1982) 76 AJIL 737.
27. Mojtaba Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues: A Study on Evidence Before International Tribunals* (Kluwer Law International, 1996).
28. NH Shah, 'Discovery by Intervention: The Right of a State to seize Evidence located within the Territory of the Respondent State' (1959) 53 AJIL 595.
29. R Teitelbaum, "Recent Fact-Finding Developments at the International Court of Justice" in (2007) 6 The Law and Practice of International Tribunals.
30. Richard Plender (ed), *European Courts: Practice and Precedents* (Sweet & Maxwell 1997).
31. Rosalyn Higgins, "Respecting Sovereign States and Running a Tight Courtroom" (2001) 50 ICLQ 121.
32. Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of International Court, 1920 to 2005* (Martinus Nijhoff Publishers, 2006).
33. Stefan Talmon, 'Article 43' in Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, Karin Oellers-Frahm and Christian Tams (eds), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (2nd edn, Oxford University Press, 2012).
34. Stewart Baker and Mark Davis, *The UNCITRAL Arbitration Rules in Practice: The Experience of the Iran-United States Claims Tribunal* (Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992).
35. T Bernard, "The Administration of Evidence in Countries of Civil Law" in P V Eijvoogel (ed), *Evidence in International Arbitration Proceedings* (Graham & Trotman/ Martinus Nijhoff, 1994).
36. Thomas Franck, 'Fact-finding in the ICJ' in R Lillich (ed), *Fact-finding before International Tribunals* (Transnational Pub Inc, 1991).
37. Tomka and Samuel Wordsworth, 'The First Site Visit of the International Court of Justice in Fulfilment of its Judicial Function', (1998) 92 AJIL 133.
38. V S Mani, *International Adjudication: Procedural Aspects* (Martinus Nijhoff Publishers, 1980).
39. Vaughan Lowe, "Future Topics and Problems of the International Legislative Process", in *The International Law Commission Fifty Years After: An Evaluation, Proceedings of the Seminar held to commemorate the fiftieth anniversary of the International Law Commission, 21-22 April 1998*.

