

Capítulo IV

Crímenes de lesa humanidad

A. Introducción

34. En su 66° 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 el tema en su programa de trabajo.

35. Desde su 67° período de sesiones (2015) hasta su 69° período de sesiones (2017), la Comisión examinó el tema tomando como base tres informes sucesivos presentados por el Relator Especial⁷ y un memorando de la Secretaría⁸.

36. En su 69° período de sesiones (2017) la Comisión aprobó, en primera lectura, la totalidad del proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad, integrado por 1 proyecto de preámbulo, 15 proyectos de artículo y 1 proyecto de anexo, con sus comentarios⁹. La Comisión decidió, de conformidad con los artículos 16 a 21 de su estatuto, remitir el proyecto de artículos, por conducto del Secretario General, a los Gobiernos, las organizaciones internacionales y otros interesados para que formularan comentarios y observaciones¹⁰.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

37. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el cuarto informe del Relator Especial ([A/CN.4/725](#) y [Add.1](#)), así como los comentarios y observaciones recibidos de los Gobiernos, las organizaciones internacionales y otros interesados ([A/CN.4/726](#), [Add.1](#) y [2](#)).

38. En sus sesiones 3453^a a 3458^a, celebradas del 29 de abril al 7 de mayo de 2019, la Comisión examinó el cuarto informe del Relator Especial y dio instrucciones al Comité de Redacción para que iniciara la segunda lectura de la totalidad del proyecto de artículos sobre la base de las propuestas del Relator Especial, teniendo en cuenta los comentarios y observaciones de los Gobiernos, las organizaciones internacionales y otros interesados, así como el debate mantenido en el pleno de la Comisión sobre el informe del Relator Especial.

39. La Comisión examinó el informe del Comité de Redacción ([A/CN.4/L.935](#)) en su 3468^a sesión, celebrada el 22 de mayo de 2019 y aprobó, en segunda lectura, la totalidad del proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad (secc. E.1 *infra*).

40. En sus sesiones 3496^a a 3499^a, celebradas del 31 de julio al 5 de agosto de 2019, la Comisión aprobó los comentarios al mencionado proyecto de artículos (véase secc. E.2 *infra*).

41. De conformidad con su estatuto, la Comisión presenta a la Asamblea General el proyecto de artículos, junto con la recomendación que figura a continuación.

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

⁷ Véanse [A/CN.4/680](#) y [Corr.1](#) (primer informe), [A/CN.4/690](#) (segundo informe), y [A/CN.4/704](#) (tercer informe).

⁸ [A/CN.4/698](#).

⁹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/72/10)*, párrs. 38 a 42.

¹⁰ *Ibid.*, párr. 43.

C. Recomendación de la Comisión

42. En su 3499ª sesión, celebrada el 5 de agosto de 2019, la Comisión decidió, de conformidad con el artículo 23 de su estatuto, recomendar a la Asamblea General el proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad. En particular, la Comisión recomendó que la Asamblea General o una conferencia internacional de plenipotenciarios elaborase una convención sobre la base de dicho proyecto.

D. Agradecimiento al Relator Especial

43. En su 3499ª sesión, celebrada el 5 de agosto de 2019, la Comisión, tras aprobar el proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad, aprobó la siguiente resolución por aclamación:

“La Comisión de Derecho Internacional,

Habiendo aprobado el proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad,

Expresa su profundo reconocimiento y su sincera felicitación al Relator Especial, Sr. Sean D. Murphy, por la extraordinaria contribución realizada, con su inagotable esfuerzo y su concienzuda labor, a la preparación del proyecto de artículos, así como por los resultados logrados en la elaboración del proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad.”

E. Texto del proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad

1. Texto del proyecto de artículos

44. El texto del proyecto de artículos aprobado por la Comisión en segunda lectura, en su 71^{er} período de sesiones, figura a continuación.

Prevención y castigo de los crímenes de lesa humanidad

[...]

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,

Recordando los principios de derecho internacional enunciados en la Carta de las Naciones Unidas,

Recordando también 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,

Tomando en consideración la definición de crímenes de lesa humanidad recogida en el artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional,

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

Tomando en consideración 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,

Tomando en consideración también 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,

[...]

Artículo 1 **Ámbito de aplicación**

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

Artículo 2 **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, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables por el derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo;
- 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, entre otras la privación del acceso a alimentos o medicinas, 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. El presente proyecto de artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier otra definición más amplia prevista en cualquier instrumento internacional, en el derecho internacional consuetudinario o en el derecho interno.

Artículo 3

Obligaciones generales

1. Todo Estado tiene la obligación de no cometer actos que constituyan crímenes de lesa humanidad.

2. Todo Estado se compromete a prevenir y castigar los crímenes de lesa humanidad que sean crímenes según el derecho internacional, cometidos o no en tiempo de conflicto armado.

3. 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 4

Obligación de prevenir

Todo Estado se compromete a prevenir los crímenes de lesa humanidad, de conformidad con el derecho internacional:

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

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

Artículo 5 **No devolución**

1. Ningún Estado procederá a la expulsión, devolución, entrega o extradición de una persona a 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 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 **Criminalización en el derecho interno**

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 los mandos y otros superiores sean penalmente responsables por los crímenes de lesa humanidad cometidos por sus subordinados cuando hubieren sabido o hubieren debido saber que los subordinados se proponían cometer o estaban cometiendo esos crímenes y no hubieren adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir su comisión o, en caso de que tales crímenes hubiesen sido cometidos, para castigar a las personas responsables.

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 derecho interno, 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

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 derecho interno.

Artículo 8

Investigación

Todo Estado velará por que las autoridades competentes procedan a una investigación pronta, exhaustiva 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

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 el derecho de ese Estado y se mantendrán 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.

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, cuando proceda, sus resultados a los Estados antes mencionados e indicará si se propone ejercer su competencia.

Artículo 10

Aut dedere aut iudicare

El Estado en el territorio bajo cuya jurisdicción se encuentre el presunto infractor, si no procede a la extradición o la entrega de la persona a otro Estado o a una corte o tribunal penal internacional competente, someterá el asunto a sus

autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento. 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

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, incluidos el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

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 informada 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 interno, 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, cometido mediante actos atribuibles al Estado con arreglo al derecho internacional o cometido en cualquier territorio bajo su jurisdicción, 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. Este proyecto de artículo será de aplicación a los delitos comprendidos en el presente proyecto de artículos cuando el Estado requirente solicite la extradición de una persona que se encuentre en un territorio bajo la jurisdicción del Estado requerido.

2. 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 al respecto que celebren entre sí.

3. 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 este único motivo.

4. 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.

5. 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.

6. 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.

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

8. El Estado requirente y el Estado requerido, de conformidad con su derecho interno, procurarán agilizar los procedimientos de extradición y simplificar los requisitos probatorios correspondientes.

9. 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.

10. 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 interno 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 con arreglo al derecho interno del Estado requirente o la parte de ella que quede pendiente.

11. 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 castigar 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.

12. El Estado requerido tomará debidamente en consideración la solicitud del Estado en el territorio bajo cuya jurisdicción se haya cometido el presunto delito.

13. Antes de denegar la extradición, el Estado requerido consultará, cuando proceda, 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 este proyecto de artículo.

2. En el caso de 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, 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.

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 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 que no sea contraria al derecho interno 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 derecho interno, 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 entre los Estados interesados.

8. El proyecto de anexo del presente proyecto de artículos se aplicará a las solicitudes que se formulen con arreglo a este 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.

9. Los Estados considerarán, cuando proceda, la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos con mecanismos internacionales establecidos por las Naciones Unidas o por otras organizaciones internacionales que tengan el mandato de recabar pruebas relacionadas con crímenes de lesa humanidad.

Artículo 15 **Solución 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 disponga 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;
- 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 interno o para facilitar dicho cumplimiento.

Respuesta a la solicitud por el Estado requerido

6. Se dará cumplimiento a toda solicitud con arreglo al derecho interno 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 interno 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 interno, 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 interno, 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 requerían 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 interno, 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

45. El texto del proyecto de artículos, con sus comentarios, aprobado por la Comisión en segunda lectura figura a continuación.

Prevención y castigo de los crímenes de lesa humanidad

Comentario general

1) Tres son los crímenes respecto de los que tradicionalmente han tenido competencia las cortes y tribunales penales internacionales: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. El crimen de genocidio¹¹ y los crímenes de guerra¹² son objeto de convenciones universales que requieren que los Estados prevengan y castiguen 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 el castigo de los crímenes de lesa humanidad y a promover la cooperación entre los Estados en ese ámbito, aunque probablemente esos crímenes no sean 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 genocidio¹³.

2) Hay tratados dedicados a la prevención, el castigo y la cooperación entre los Estados en relación con numerosos delitos mucho menos atroces que los crímenes de lesa humanidad, como la corrupción¹⁴ o la delincuencia organizada transnacional¹⁵. 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 castigar 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. Las cuestiones no recogidas por esa convención

¹¹ 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.

¹² 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 adicional I”).

¹³ Véase *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, fallo, *I.C.J. Reports 2015*, págs. 3 y ss., en especial pág. 64, 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).

¹⁴ 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.

¹⁵ 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.

seguirían rigiéndose por otras normas de derecho internacional, incluido el derecho internacional consuetudinario.

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”¹⁶. Si bien algunos aspectos del presente proyecto de artículos pueden reflejar el derecho internacional consuetudinario, su objetivo no es codificar el derecho existente, sino redactar disposiciones que sean eficaces y con probabilidades de ser aceptables para los Estados, inspiradas en las que suelen emplearse en tratados que se ocupan de delitos que han obtenido muchas adhesiones, como base para una posible convención futura. Además, el proyecto de artículos se entenderá sin perjuicio del derecho internacional consuetudinario vigente. 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 parte”), 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 y tribunales penales internacionales, como la Corte Penal Internacional (así como las cortes y tribunales “híbridos”, esto es, que combinan elementos del derecho internacional y del derecho nacional). Mientras que el Estatuto de Roma de 1998 de la Corte Penal Internacional¹⁷ regula las relaciones entre dicha Corte y sus Estados parte (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, 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, 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 castigar en el ámbito del derecho interno a las personas que cometan tales crímenes, un objetivo compatible con el Estatuto de Roma. En ese sentido, contribuye a la aplicación del principio de complementariedad previsto en el Estatuto. Al mismo tiempo, el proyecto de artículos recoge obligaciones que pueden asumir los Estados, sean o no parte en el Estatuto de Roma. Por último, los instrumentos constitutivos de cortes o tribunales penales internacionales 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,

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

Recordando los principios de derecho internacional enunciados en la Carta de las Naciones Unidas,

¹⁶ 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.

¹⁷ 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”).

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

Afirmado 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,

Tomando en consideración la definición de crímenes de lesa humanidad recogida en el artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional,

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

Tomando en consideración 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,

Tomando en consideración también 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,

[...]

Comentario

- 1) El proyecto de preámbulo tiene por objeto establecer un marco conceptual para el proyecto de artículos, determinando el contexto general en que se elaboró y sus objetivos principales. 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.
- 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 atroces contra 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 logro de la justicia penal y el mantenimiento de la paz y la seguridad.
- 4) El tercer párrafo del preámbulo recuerda los principios de derecho internacional enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, que incluyen el principio de la igualdad soberana de todos los Estados y el principio de que los Estados, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas¹⁸. Así pues, en este párrafo del preámbulo se hace hincapié, al igual que en el proyecto de artículo 4, en que, si bien los crímenes de lesa humanidad pueden constituir una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar del mundo, la prevención y el castigo de esos crímenes han de llevarse a cabo de conformidad con el derecho internacional, incluidas las normas sobre la amenaza o el uso de la fuerza. Su redacción se inspira en el preámbulo de la Convención de las

¹⁸ Carta de las Naciones Unidas (San Francisco, 26 de junio de 1945), Artículo 2, párrs. 1 y 4. Véase Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, resolución 26/25 (XXV) de la Asamblea General de 24 de octubre de 1970.

Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes y está en consonancia con el preámbulo del Estatuto de Roma¹⁹.

5) El cuarto párrafo del preámbulo recuerda también 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 carácter²⁰. La Comisión ha indicado anteriormente que la prohibición de los crímenes de lesa humanidad está claramente aceptada y reconocida como norma imperativa de derecho internacional²¹. La Corte Internacional de Justicia ha establecido que la prohibición de determinados actos, como la tortura²², tiene carácter de *ius cogens*²³, 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*. El estatus de *ius cogens* de la prohibición de los crímenes de lesa humanidad también ha sido puesto de manifiesto por las cortes y tribunales regionales de derechos humanos²⁴, las cortes y tribunales penales internacionales²⁵ y algunas cortes y tribunales nacionales²⁶. Si

¹⁹ Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de Sus Bienes (Nueva York, 2 de diciembre de 2004), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 49 (A/59/40)*, vol. I, resolución 59/38, preámbulo; Estatuto de Roma, preámbulo.

²⁰ 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. Véase también el proyecto de conclusión 2 del proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) aprobado por la Comisión en primera lectura (párr. 56 *infra*).

²¹ *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 el proyecto de conclusión 23 del proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) aprobado por la Comisión en primera lectura (párr. 56 *infra*); 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*”).

²² 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”).

²³ *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.

²⁴ Véanse *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. 99 (donde se reconoce el carácter de *ius cogens* de los crímenes de lesa humanidad); *Miguel Castro Castro Vs. Perú*, sentencia (fondo, reparaciones y costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 160, párr. 402 (donde se cita el caso *Almonacid-Arellano* a ese respecto); *Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*, sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de mayo de 2010, Serie C, núm. 213, párr. 42 (en el que se indica que “la prohibición de crímenes contra la humanidad [...] tiene carácter *ius cogens*”).

²⁵ Véase *Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al.*, causa núm. IT-95-16-T, fallo, 14 de enero de 2000, Sala de Primera Instancia, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Judicial Supplement No. 11*, párr. 520 (“Además, la mayoría de las normas del derecho internacional humanitario, en particular las que prohíben los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio, son también normas imperativas de derecho internacional o *ius cogens*, es decir, de carácter inderogable y supremo”); *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11, decisión sobre la petición del Sr. Ruto de exención de la obligación de presencia continua en el juicio, 18 de junio de 2013, Sala de Primera Instancia, Corte Penal Internacional, párr. 90 (“Hay acuerdo general en que la prohibición de los crímenes de lesa humanidad tiene rango de *ius cogens*”).

²⁶ Véase *Mazzeo, Julio Lilo y otros*, fallo en apelación, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 13 de julio de 2007, *Fallos*: 330:3248, párr. 15 (donde se reconoce la prohibición de los

bien en este párrafo del preámbulo se recuerda que la prohibición de los crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens*, ni la finalidad de esta disposición ni la del presente proyecto de artículos es ocuparse de las consecuencias de la prohibición que conlleva dicho estatus.

6) 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 el castigo de los crímenes de lesa humanidad. El quinto párrafo del preámbulo se centra en el primero de estos dos objetivos (la prevención); esboza las obligaciones que figuran en los artículos 3, 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.

7) El sexto párrafo del preámbulo afirma el vínculo existente entre el primer objetivo general (la prevención) y el segundo objetivo general (el castigo) del presente proyecto de artículos al señalar que la prevención se fomenta poniendo fin a la impunidad de los autores de esos crímenes.

8) El séptimo párrafo del preámbulo toma en consideración, como punto de partida, la definición de crímenes de lesa humanidad establecida en el artículo 7 del Estatuto de Roma. Esa definición constituye un modelo útil para redactar la que figura en el proyecto de artículo 2 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.

9) Los párrafos octavo a décimo del preámbulo se centran en el segundo de los dos objetivos generales (el castigo). El octavo párrafo del preámbulo recuerda que es deber de todo Estado ejercer su competencia penal con respecto a los crímenes de lesa humanidad. Entre otras cosas, ese párrafo esboza 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 a una corte o tribunal internacional competente.

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

crímenes de lesa humanidad como *ius cogens*); *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro*, fallo en apelación, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 24 de agosto de 2004, *Fallos*: 327:3312, párr. 28 (donde se señala que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad implica el reconocimiento de la prohibición de los crímenes de lesa humanidad como una norma de *ius cogens*); *Priebke, Erich*, fallo, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 2 de noviembre de 1995, *Fallos*: 318:2148, párrs. 2 a 5 (donde se reconoce la prohibición de los crímenes de lesa humanidad como *ius cogens*); *Exp No. 0024-2010-PI/TC*, sentencia, Tribunal Constitucional del Perú, 21 de marzo de 2011, párr. 53, que puede consultarse en <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00024-2010-AI.html> (*idem.*); *National Commissioner of the South African Police Service v. Southern African Litigation Centre and Another*, sentencia, Tribunal Constitucional de Sudáfrica, 30 de octubre de 2014, *South African Law Reports 2015*, vol. 1, pág. 315, párr. 37 (“Junto con la tortura, los delitos internacionales de piratería, el comercio de esclavos, los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y el *apartheid* exigen que los Estados, incluso en ausencia de un derecho convencional internacional vinculante, repriman ese comportamiento, pues redundan en interés de todos ellos, ya que atentan contra los valores que constituyen la base del orden público mundial. La tortura, tanto si alcanza el grado de crimen de lesa humanidad como si no, es un delito en Sudáfrica con arreglo al artículo 232 de la Constitución, ya que la prohibición de la tortura por el derecho internacional consuetudinario tiene carácter de norma imperativa”); *Attorney-General and 2 Others v. Kenya Section of International Commission of Jurists*, sentencia, Tribunal de Apelación de Kenya, 16 de febrero de 2018, que puede consultarse en <http://kenyalaw.org/caselaw/cases/view/148746/> (“Algunos de los ejemplos ampliamente aceptados de normas que no admiten derogación pero son obligatorias para los agentes estatales y no estatales por igual son la prohibición de [...] el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra[,] la tortura, la piratería y la esclavitud”).

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.

11) El décimo 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 ámbito de la extradición y la asistencia judicial recíproca, que son los temas en que se centran los proyectos de artículo 13 y 14, y el proyecto de anexo.

Artículo 1 **Ámbito de aplicación**

El presente proyecto de artículos se aplicará a la prevención y el castigo 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 al castigo 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 el castigo 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.

3) Si el presente proyecto de artículos constituye en última instancia la base de una convención, las obligaciones de un Estado parte en virtud de ese instrumento, salvo que se exprese otra intención, solo serían de aplicación respecto de actos o hechos que tuvieran lugar, o de situaciones que existieran, después de la entrada en vigor de la convención para ese Estado. El artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, establece que “[l]as disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo”²⁷. La Corte Internacional de Justicia aplicó el artículo 28 en relación con un tratado que se ocupaba de un delito (la tortura) en la causa relativa a las *Cuestiones sobre la obligación de procesar o extraditar* y señaló que “la obligación de juzgar a los presuntos autores de actos de tortura en virtud de la Convención solo se aplica a los hechos ocurridos después de su entrada en vigor para el Estado de que se trate”²⁸. No obstante, los Estados seguirían vinculados en todo momento por las obligaciones que existieran en virtud de otras normas de derecho internacional, incluido el derecho internacional consuetudinario. Además, la norma del derecho de los tratados antes mencionada no impide que un Estado apruebe, en cualquier momento, legislación nacional relativa a los crímenes de lesa humanidad, siempre que sea compatible con las obligaciones del Estado con arreglo al derecho internacional.

4) En diversas disposiciones del presente proyecto de artículos, la expresión “derecho interno” se emplea para referirse a la legislación nacional de un Estado. La utilización de esa expresión pretende abarcar todos los aspectos del derecho interno de un Estado, como el nivel (por ejemplo, federal o provincial) en que debe aprobarse o aplicarse.

²⁷ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 28.

²⁸ *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (véase la nota 23 *supra*), pág. 457, párr. 100.

Artículo 2

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, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables por el derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo;
- 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, entre otras la privación del acceso a alimentos o medicinas, 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. El presente proyecto de artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier otra definición más amplia prevista en cualquier instrumento internacional, en el derecho internacional consuetudinario o en el derecho interno.

Comentario

1) Los dos primeros párrafos del proyecto de artículo 2 establecen, a los efectos del presente proyecto de artículos, una definición de “crimen de lesa humanidad”. El texto de estos dos párrafos reproduce casi literalmente el del artículo 7 del Estatuto de Roma, con pequeños cambios que se exponen más abajo. El párrafo 3 del proyecto de artículo 2 es una cláusula “sin perjuicio” que indica que esta definición no afecta a cualquier otra definición más amplia prevista en los instrumentos internacionales, en el derecho internacional consuetudinario o en el derecho interno.

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 del Tribunal Militar Internacional establecido en Núremberg (en adelante, “Estatuto de Núremberg”), en su artículo 6, apartado 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 perpetraron²⁹.

3) En cambio, el principio VI c) de los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg 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”³⁰.

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,

²⁹ 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, núm. 251, pág. 279 (en adelante, “Estatuto de Núremberg”).

³⁰ *Yearbook... 1950*, vol. II, documento A/1316, tercera parte, pág. 377, párr. 119.

religiosos o culturales, perpetrados por las autoridades de un Estado o por particulares que actúen por instigación de dichas autoridades o con su tolerancia”³¹.

5) El artículo 5 del Estatuto del Tribunal Penal 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”³². 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”³³, 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...”³⁴. 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 discriminatoria³⁵. Los crímenes de lesa humanidad también han sido definidos en el ámbito de competencia de cortes o tribunales penales híbridos³⁶.

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

³¹ *Yearbook... 1954*, vol. II, pág. 150, párr. 50, art. 2, párr. 11.

³² Estatuto del Tribunal Penal 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 Penal Internacional para la ex-Yugoslavia”).

³³ 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.

³⁴ 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, aprobado por el Consejo de Seguridad en su resolución [955 \(1994\)](#), de 8 de noviembre de 1994, anexo, art. 3 (en adelante, “Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda”).

³⁵ *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), pág. 51, art. 18.

³⁶ 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, art. 2 (en adelante, “Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona”); Ley sobre el Establecimiento de las 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, “Ley de las Salas Especiales de Camboya”).

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 Penal Internacional para la ex-Yugoslavia ni el requisito de la intención discriminatoria recogido 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 ha sido aceptada a mediados de 2019 por 122 Estados parte en ese instrumento y es utilizada en la actualidad por muchos Estados cuando aprueban o modifican legislación nacional³⁷. La Comisión estimó que el artículo 7 constituía una base adecuada para definir esos crímenes en los párrafos 1 y 2 del proyecto de artículo 2. De hecho, se reproduce literalmente el texto del artículo 7, con excepción de tres cambios. 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, la frase del artículo 7, párrafo 1 h), del Estatuto de Roma de 1998 que tipifica los actos de persecución cuando se realizan en conexión “con cualquier crimen de la competencia de la Corte” no se ha mantenido en el párrafo 1 h) del proyecto de artículo 2, como se explica más adelante. En tercer lugar, tampoco se ha incluido en el proyecto de artículo 2 la definición de “género” que figura en el artículo 7, párrafo 3, del Estatuto de Roma (ni la referencia que se hace a ese párrafo en el párrafo 1 h)), como también se expone más adelante.

Párrafos 1 y 2

9) La definición de “crímenes de lesa humanidad” establecida en los párrafos 1 y 2 del proyecto de artículo 2 contiene tres requisitos generales que merecen cierto análisis. Estos requisitos, que aparecen íntegramente en el párrafo 1, han sido aclarados en los Elementos de los Crímenes del régimen del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional³⁸, así como en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, de otras cortes y tribunales penales internacionales y, cada vez más, de cortes y tribunales nacionales. La definición también enumera los actos prohibidos subyacentes en relación con los crímenes de lesa humanidad y detalla varios términos empleados dentro de la definición (es decir, se ofrecen definiciones dentro de la definición). Sin duda, la jurisprudencia que vayan creando la Corte Penal Internacional y otras cortes y tribunales penales internacionales seguirá sirviendo de base a las autoridades nacionales, incluidas las cortes y tribunales de justicia, para determinar el sentido de esta definición, promoviendo así criterios armonizados a escala nacional. La Comisión observa que, con el paso del tiempo, sigue desarrollándose la jurisprudencia correspondiente, por lo que el análisis que figura más abajo solo pretende señalar algunos de los parámetros establecidos, a mediados de 2019, para estos términos.

“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 Rwanda³⁹, aunque, en algunas decisiones, el Tribunal

³⁷ Para consultar la información presentada por los Gobiernos a la Comisión sobre su legislación nacional a ese respecto, véase http://legal.un.org/ilc/guide/7_7.shtml. Para consultar un cuadro con una recopilación de la legislación nacional, véase Coalición por la Corte Penal Internacional, *Chart on the Status of Ratification and Implementation of the Rome Statute and the Agreement on Privileges and Immunities (APIC)* (2012), en http://iccnw.org/documents/Global_RatificationImplementation_chart_May2012.pdf. No obstante, no toda la legislación nacional relativa a los crímenes de lesa humanidad contiene actualmente la misma definición que figura en el artículo 7 del Estatuto de Roma.

³⁸ Véase Corte Penal Internacional, *Elementos de los Crímenes*, aprobados en la Asamblea de los Estados parte en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, primer periodo de sesiones, Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002 (*Documentos oficiales*, ICC-ASP/1/3) y modificados en 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/11), versión refundida de 2011, que puede consultarse en www.icc-cpi.int, págs. 250 a 257.

³⁹ 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”).

Penal Internacional para la ex-Yugoslavia sostuvo que el requisito estaba implícito incluso en su Estatuto, habida cuenta de la inclusión de esa formulación en el informe del Secretario General en que se proponía el Estatuto⁴⁰. La jurisprudencia de ambos Tribunales sostuvo que las condiciones de “generalizado” y “sistemático” eran requisitos disyuntivos en lugar de conjuntivos; podía darse cualquiera de esas dos condiciones para establecer la existencia del crimen⁴¹. Esta interpretación del requisito de que el ataque sea generalizado/sistemático también se refleja en el comentario de la Comisión al proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad 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]”⁴².

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 supuestos⁴³. 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 disyuntivo⁴⁴, indicando así que hay

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.

- ⁴⁰ *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, causa núm. IT-95-14-T, fallo, 3 de marzo de 2000, Sala de Primera Instancia, Tribunal Penal 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 Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Judicial Reports 1997*, párr. 648.
- ⁴¹ 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 Penal 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 II, 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 (nota 39 *supra*), párr. 579; *Tadić*, opinión y fallo, 7 de mayo de 1997 (nota 40 *supra*), párr. 648 (“si se concluye que hubo generalización [...] o sistematismo [...], se cumple este requisito”).
- ⁴² *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)*, pág. 17, 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), pág. 26, 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. 20 (“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”).
- ⁴³ 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*, volumen II (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).
- ⁴⁴ 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 son disyuntivos. Véase *Situation in the Republic of Kenya*, causa núm. ICC-01/09, decisión con arreglo al artículo 15

alternativas, pero añadiendo en el artículo 7, párrafo 2 a), del Estatuto de Roma una definición de “ataque contra una población civil”, que, como se indica en los párrafos 17) a 33) del comentario al presente proyecto de artículo, contiene un elemento de “política de un Estado o de una organización”.

12) Según la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en la causa *Kunarac*, “el adjetivo ‘generalizado’ se refiere a la gran envergadura del ataque y al número de víctimas”⁴⁵. Así pues, este requisito denota una “multiplicidad de víctimas”⁴⁶ y excluye los actos aislados de violencia⁴⁷, como el asesinato perpetrado contra víctimas individuales por parte de personas que actúen por voluntad propia y no en el marco de una iniciativa más amplia. Un ataque “generalizado” puede ser “a gran escala, frecuente, llevado a cabo de manera colectiva, con gravedad considerable, y dirigido contra múltiples víctimas”⁴⁸. 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

del Estatuto de Roma 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 presentados por la fiscalía contra Jean-Pierre Bemba Gombo, 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.

⁴⁵ *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 Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 428, *Judicial Supplement No. 23*, febrero/marzo de 2001. Véanse también *Bemba*, fallo, 21 de marzo de 2016 (nota 44 *supra*), párr. 163; *Prosecutor v. Germain Katanga*, causa núm. ICC-01/04-01/07, fallo con arreglo al artículo 74 del Estatuto, 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, Sección A, Tribunal Penal 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 Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 94.

⁴⁶ *Bemba*, decisión, 15 de junio de 2009 (véase la nota 44 *supra*), párr. 83; *Kayishema*, fallo, 21 de mayo de 1999 (véase la nota 41 *supra*), párr. 123; *Akayesu*, fallo, 2 de septiembre de 1998 (véase la nota 39 *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 (nota 41 *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”.

⁴⁷ 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 Muhammad 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 y pena, 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 (nota 41 *supra*), párrs. 122 y 123; párr. 4) del comentario al art. 18 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), pág. 51; y párr. 3) del comentario al art. 21 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, *Anuario...*, 1991, vol. II (segunda parte), pág. 111.

⁴⁸ *Bemba*, fallo, 21 de marzo de 2016 (véase la nota 44 *supra*), párr. 163 (donde se cita *Bemba*, decisión, 15 de junio de 2009 (véase la nota 44 *supra*), párr. 83).

contexto de una campaña más amplia⁴⁹. 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 al producirse el ataque en diferentes lugares⁵⁰. Así, en la causa *Bemba*, una 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 de gran magnitud y un elevado número de víctimas⁵¹. Ahora bien, no se requiere una zona geográfica amplia; el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia ha establecido que el ataque puede llevarse a cabo en una zona geográfica pequeña contra un gran número de civiles⁵².

14) En su decisión relativa a 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”⁵³. Un ataque puede ser generalizado debido al efecto acumulativo de múltiples actos inhumanos o al resultado de un solo acto inhumano de extraordinaria magnitud⁵⁴.

15) Al igual que el término “generalizado”, el término “sistemático” excluye los actos de violencia aislados o no conectados entre sí⁵⁵, y la jurisprudencia del Tribunal Penal 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 Penal 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”⁵⁶ y estableció que la prueba de un patrón o plan metódico determinaba que un ataque fuera sistemático⁵⁷. Así, la Sala de Apelaciones confirmó en la causa *Kunarac* que “los patrones de los crímenes, a saber, la repetición no accidental y periódica de una conducta delictiva similar, son una expresión común de ese carácter sistemático”⁵⁸. El Tribunal Penal Internacional para Rwanda ha adoptado un criterio similar⁵⁹.

⁴⁹ *Kupreškić*, fallo, 14 de enero de 2000 (véase la nota 25 *supra*), párr. 550; *Tadić*, opinión y fallo, 7 de mayo de 1997 (véase la nota 40 *supra*), párr. 649.

⁵⁰ Véanse, por ejemplo, *Ntaganda*, decisión, 13 de julio de 2012 (nota 47 *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, párrs. 176 y 177.

⁵¹ *Bemba*, decisión, 15 de junio de 2009 (véase la nota 44 *supra*), párrs. 117 a 124. Véase *Bemba*, fallo, 21 de marzo de 2016 (nota 44 *supra*), párrs. 688 y 689.

⁵² *Kordić*, fallo, 17 de diciembre de 2004 (véase la nota 45 *supra*), párr. 94; *Blaškić*, fallo, 3 de marzo de 2000 (véase la nota 40 *supra*), párr. 206.

⁵³ *Situation in the Republic of Kenya*, decisión, 31 de marzo de 2010 (véase la nota 44 *supra*), párr. 95. Véase también *Bemba*, fallo, 21 de marzo de 2016 (nota 44 *supra*), párr. 163.

⁵⁴ *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 (nota 44 *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”).

⁵⁵ Véanse párr. 3) del comentario al art. 18 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), pág. 51; párr. 3) del comentario al art. 21 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, *Anuario...*, 1991, vol. II (segunda parte), pág. 111.

⁵⁶ *Mrkšić*, fallo, 27 de septiembre de 2007 (véase la nota 41 *supra*), párr. 437; *Kunarac*, fallo, 22 de febrero de 2001 (véase la nota 45 *supra*), párr. 429.

⁵⁷ Véase, por ejemplo, *Tadić*, opinión y fallo, 7 de mayo de 1997 (nota 40 *supra*), párr. 648.

⁵⁸ *Prosecutor v. Kunarac*, causa núm. IT-96-23 y IT-96-23/1-A, fallo, 12 de junio de 2002, Sala de Apelaciones, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 94, *Judicial Supplement No. 34*, junio de 2002.

⁵⁹ *Kayishema*, fallo, 21 de mayo de 1999 (véase la nota 41 *supra*), párr. 123; *Akayesu*, fallo, 2 de septiembre de 1998 (véase la nota 39 *supra*), párr. 580.

16) En consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Penal 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”⁶⁰. Una Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional concluyó 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 comisión de actos continuada, o como ‘patrones de crímenes’, de modo que los crímenes constituyen una ‘repetición no accidental y periódica de una conducta delictiva similar’”⁶¹. Al aplicar la norma, una Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional estableció, 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 direcciones, atacaban las aldeas con armas pesadas y perseguían sistemáticamente a la población con métodos análogos, registrando casa por casa, buscando entre los matorrales, quemando todos los inmuebles y realizando saqueos”⁶². 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 hema”⁶³. 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 claro”⁶⁴.

“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 2 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 política”⁶⁵. Tal y como se analiza más abajo, la jurisprudencia del Tribunal Penal 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 Penal 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 accidentales⁶⁶. Las Salas de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional adoptaron posteriormente esta interpretación en las causas *Bemba* y *Situación en la*

⁶⁰ *Harun*, decisión, 27 de abril de 2007 (véase la nota 47 *supra*), párr. 62 (donde se cita *Kordić*, fallo, 17 de diciembre de 2004 (véase la nota 45 *supra*), párr. 94, que cita, a su vez, *Kunarac*, fallo, 22 de febrero de 2001 (véase la nota 45 *supra*), párr. 429). Véanse también *Ruto*, decisión, 23 de enero de 2012 (nota 50 *supra*), párr. 179; *Situation in the Republic of Kenya*, decisión, 31 de marzo de 2010 (nota 44 *supra*), párr. 96; *Katanga*, decisión, 30 de septiembre de 2008 (nota 45 *supra*), párr. 394.

⁶¹ *Katanga*, decisión, 30 de septiembre de 2008 (véase la nota 45 *supra*), párr. 397.

⁶² *Ntaganda*, decisión, 13 de julio de 2012 (véase la nota 47 *supra*), párr. 31. Véase también *Ruto*, decisión, 23 de enero de 2012 (nota 50 *supra*), párr. 179.

⁶³ *Ntaganda*, decisión, 9 de junio de 2014 (véase la nota 46 *supra*), párr. 24.

⁶⁴ *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.

⁶⁵ Véase el Estatuto de Roma. Véase también Corte Penal Internacional, *Elementos de los Crímenes* (nota 38 *supra*), pág. 250.

⁶⁶ Véase, por ejemplo, *Kunarac*, fallo, 22 de febrero de 2001 (nota 45 *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”).

*República de Kenia*⁶⁷, al igual que las Salas de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional en los fallos de las causas *Katanga* y *Bemba*⁶⁸. En la causa *Bemba*, una 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 Centroafricana⁶⁹. 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 patios⁷⁰. 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 en un ataque a una localidad en la que los soldados del MLC no encontraron a las tropas rebeldes a las que alegaban estar persiguiendo⁷¹. La palabra “contra” hace hincapié en la intención del ataque y no en el resultado físico del mismo⁷². Es el ataque, y no los actos del autor concreto, el que ha de estar dirigido “contra” la población que constituye el objetivo⁷³. La Sala de Primera Instancia que conoció de la causa *Bemba* confirmó después “que la población civil era el objetivo principal, y no el accidental, del ataque y que, a su vez, este iba dirigido contra la población civil de la [República Centroafricana]”⁷⁴. 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 en él, 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 de cautela contemplados en el derecho de la guerra”⁷⁵.

19) La palabra “una” indica que la expresión “población civil” ha de tener una definición amplia y debe, por tanto, interpretarse en sentido general⁷⁶. Un ataque se puede cometer contra civiles, “independientemente de su nacionalidad, origen étnico o cualquier otra característica distintiva”⁷⁷ y se puede perpetrar contra nacionales o extranjeros⁷⁸. Puede ser objeto de un ataque, entre otros, “un grupo definido por su (presunta) afiliación política”⁷⁹. Para que puedan ser considerados “población civil” en tiempos de conflicto armado, quienes son objeto del ataque han de tener carácter “predominantemente” civil⁸⁰; la presencia de algunos combatientes dentro de la población no cambia su naturaleza⁸¹. Este

⁶⁷ *Situation in the Republic of Kenya*, decisión, 31 de marzo de 2010 (véase la nota 44 *supra*), párr. 82; *Bemba*, decisión, 15 de junio de 2009 (véase la nota 44 *supra*), párr. 76.

⁶⁸ *Katanga*, fallo, 7 de marzo de 2014 (véase la nota 45 *supra*), párr. 1104; *Bemba*, fallo, 21 de marzo de 2016 (véase la nota 44 *supra*), párr. 154.

⁶⁹ *Bemba*, decisión, 15 de junio de 2009 (véase la nota 44 *supra*), párr. 94. Véase también *Ntaganda*, decisión, 13 de julio de 2012 (nota 47 *supra*), párrs. 20 y 21.

⁷⁰ *Bemba*, decisión, 15 de junio de 2009 (véase la nota 44 *supra*), párr. 94.

⁷¹ *Ibid.*, párrs. 95 a 98.

⁷² Véase, por ejemplo, *Blaškić*, fallo, 3 de marzo de 2000 (nota 40 *supra*), párr. 208, nota 401.

⁷³ *Kunarac*, fallo, 12 de junio de 2002 (véase la nota 58 *supra*), párr. 103.

⁷⁴ *Bemba*, fallo, 21 de marzo de 2016 (véase la nota 44 *supra*), párr. 674.

⁷⁵ *Ibid.*, párr. 153 (donde se cita la jurisprudencia de diversas cortes y tribunales internacionales).

⁷⁶ Véanse, por ejemplo, *Mrkšić*, fallo, 27 de septiembre de 2007 (nota 41 *supra*), párr. 442; *Kupreškić*, fallo, 14 de enero de 2000 (nota 25 *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 (nota 41 *supra*), párr. 127; *Tadić*, opinión y fallo, 7 de mayo de 1997 (nota 40 *supra*), párr. 643.

⁷⁷ *Katanga*, decisión, 30 de septiembre de 2008 (véase la nota 45 *supra*), párr. 399 (donde se cita *Tadić*, opinión y fallo, 7 de mayo de 1997 (véase la nota 40 *supra*), párr. 635). Véanse también *Katanga*, fallo, 7 de marzo de 2014 (nota 45 *supra*), párr. 1103; *Bemba*, fallo, 21 de marzo de 2016 (nota 44 *supra*), párr. 155.

⁷⁸ Véase, por ejemplo, *Kunarac*, fallo, 22 de febrero de 2001 (nota 45 *supra*), párr. 423.

⁷⁹ *Ruto*, decisión, 23 de enero de 2012 (véase la nota 50 *supra*), párr. 164.

⁸⁰ Véase el Protocolo adicional I, art. 50, párr. 1; *Blaškić*, sentencia, 3 de marzo de 2000 (nota 40 *supra*), párr. 180 (donde se reconoce a los civiles, a los efectos del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, como “personas que no son o ya no son miembros de las fuerzas armadas”).

⁸¹ Véanse, por ejemplo, *Katanga*, fallo, 7 de marzo de 2014 (nota 45 *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

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”⁸². 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 en el momento en que sean atacadas⁸³. La condición de cada víctima ha de evaluarse en el momento de la comisión del delito⁸⁴; una persona debe considerarse civil cuando haya duda acerca de su condición.

20) “Población” no significa que toda la población de un determinado emplazamiento geográfico tenga que ser objeto del ataque⁸⁵, sino que indica el carácter colectivo del crimen como un ataque contra múltiples víctimas⁸⁶. Tal y como señaló la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal 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

población civil”); *Mrkšić*, fallo, 27 de septiembre de 2007 (nota 41 *supra*), párr. 442; *Kunarac*, fallo, 22 de febrero de 2001 (nota 45 *supra*), párr. 425 (“la presencia de determinadas personas que no sean civiles entre ellos no cambia el carácter de la población”); *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 Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 180; *Blaškić*, fallo, 3 de marzo de 2000 (nota 40 *supra*), párr. 214 (“la presencia de soldados entre la población civil que sea intencionadamente objeto de un ataque no altera el carácter civil de esa población”); *Kupreškić*, fallo, 14 de enero de 2000 (nota 25 *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 (nota 41 *supra*), párr. 128; *Akayesu*, fallo, 2 de septiembre de 1998 (nota 39 *supra*), párr. 582 (“El hecho de que haya determinadas personas entre la población civil cuya condición no responda a la definición de civil no priva a esa población de su carácter civil”); *Tadić*, opinión y fallo, 7 de mayo de 1997 (nota 40 *supra*), párr. 638.

⁸² Protocolo adicional I, art. 50, párr. 3.

⁸³ *Kayishema*, fallo, 21 de mayo de 1999 (véase la nota 41 *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”).

⁸⁴ Con respecto a los miembros de las fuerzas armadas, se han expresado opiniones divergentes. En *Blaškić*, la Sala de Apelaciones determinó que los miembros de las fuerzas armadas, las milicias, los cuerpos de voluntarios y los miembros de grupos de resistencia no podían considerarse civiles a estos efectos, ni siquiera cuando *estaban fuera de combate*. *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, causa núm. IT-95-14-A, fallo, 29 de julio de 2004, Sala de Apelaciones, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Judicial Reports 2004*, párrs. 110 a 114. No obstante, otras cortes y tribunales han seguido el enfoque de la Sala de Primera Instancia en la causa *Blaškić*, fallo, 3 de marzo de 2000 (véase la nota 40 *supra*), párr. 214, según el cual “se ha de tener en cuenta la situación específica de la víctima en el momento de la comisión de los crímenes, y no su condición, a la hora de determinar su carácter civil”. Véase, por ejemplo, *Notification on the Interpretation of “Attack against the Civilian Population” in the Context of Crimes against Humanity with Regard to a State’s or Regime’s Own Armed Forces*, causa núm. 3/07-09-2009-ECCC-OCIJ, 7 de febrero de 2017, Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya, párr. 56 (“[p]or principio, entre 1975 y 1979 el ataque de un Estado o una organización contra sus propias fuerzas armadas cometido en tiempo de paz cumplía el requisito de ataque contra cualquier población civil previsto en el párrafo introductorio.”). Véanse también *Prosecutor v. Paul Bisengimana*, causa núm. ICTR-00-60-T, fallo y pena, 13 de abril de 2006, Sala de Primera Instancia II, Tribunal Penal Internacional para Rwanda, párrs. 48 a 51; *Prosecutor v. Tharcisse Muvunyi*, causa núm. ICTR-00-55A-T, fallo, 12 de septiembre de 2006, Sala de Primera Instancia II, Tribunal Penal Internacional para Rwanda, párr. 513.

⁸⁵ Véanse *Situation in the Republic of Kenya*, decisión, 31 de marzo de 2010 (nota 44 *supra*), párr. 82; *Bemba*, decisión, 15 de junio de 2009 (nota 44 *supra*), párr. 77; *Kunarac*, fallo, 22 de febrero de 2001 (nota 45 *supra*), párr. 424; *Tadić*, opinión y fallo, 7 de mayo de 1997 (nota 40 *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)).

⁸⁶ Véase *Tadić*, opinión y fallo, 7 de mayo de 1997 (nota 40 *supra*), párr. 644.

azar”⁸⁷. 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 iba dirigido contra más de un grupo limitado de personas⁸⁸.

21) La primera parte del párrafo 2 a) del proyecto de artículo 2 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 Penal Internacional para la ex-Yugoslavia y del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, dicha formulación refleja la jurisprudencia de ambos Tribunales⁸⁹ 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 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”⁹⁰. 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”⁹¹.

22) En la segunda parte del párrafo 2 a) del proyecto de artículo 2 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 Roma⁹². Aun cuando el Estatuto del Tribunal Penal 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 humanidad⁹³, parte de la

⁸⁷ *Prosecutor v. Ante Gotovina, Ivan Čermak and Mladen Markač*, causa núm. IT-06-90-T, fallo, vol. II, 15 de abril de 2011, Sala de Primera Instancia I, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 1704.

⁸⁸ *Situation in the Republic of Kenya*, decisión, 31 de marzo de 2010 (véase la nota 44 *supra*), párr. 81; *Bemba*, decisión, 15 de junio de 2009 (véase la nota 44 *supra*), párr. 77; *Bemba*, fallo, 21 de marzo de 2016 (véase la nota 44 *supra*), párr. 154.

⁸⁹ Véanse, por ejemplo, *Kunarac*, fallo, 22 de febrero de 2001 (nota 45 *supra*), párr. 415 (donde se define ataque como “una línea de conducta que implica la comisión de actos de violencia”); *Kayishema*, fallo, 21 de mayo de 1999 (nota 41 *supra*), párr. 122 (donde se define “ataque” como el “acto del que deben formar parte los crímenes enumerados”); *Akayesu*, fallo, 2 de septiembre de 1998 (nota 39 *supra*), 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”).

⁹⁰ Véase Corte Penal Internacional, *Elementos de los Crímenes* (nota 38 *supra*), pág. 250.

⁹¹ *Katanga*, fallo, 7 de marzo de 2014 (nota 45 *supra*), párr. 1101.

⁹² El artículo 6 c) del Estatuto de Núremberg no contiene ninguna referencia explícita a un plan o una política. No obstante, la sentencia de Núremberg 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, Tribunal Militar Internacional, en *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal* (Núremberg, 14 de noviembre de 1945 a 1 de octubre de 1946), vol. 22 (1948), 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).

⁹³ La Sala de Apelaciones del Tribunal Penal 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 (nota 58 *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.

jurisprudencia inicial lo consideró necesario⁹⁴. 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 Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, análisis que influiría posteriormente en la redacción del Estatuto de Roma. 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 actos⁹⁵.

La Sala de Primera Instancia señaló además que, en razón del elemento de política, este tipo de crímenes “no puede ser obra únicamente de personas aisladas”⁹⁶. No obstante, la jurisprudencia posterior del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia restó importancia al elemento de política, considerándolo como suficiente simplemente para probar la existencia de un ataque generalizado o sistemático⁹⁷.

23) Antes del Estatuto de Roma, la labor de la Comisión solía requerir un elemento de política en sus proyectos de código. El proyecto de código de delitos contra la 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, religiosos o culturales, *perpetrados por las autoridades de un Estado o por particulares que actúen por instigación de dichas autoridades o con su tolerancia*”⁹⁸. La Comisión decidió incluir el requisito de la instigación o la tolerancia del Estado a fin de excluir los actos inhumanos cometidos por particulares a iniciativa propia, sin la participación de ningún Estado⁹⁹. 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 (que fuera de carácter “generalizado”) o a la naturaleza sistemática.

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”¹⁰⁰. La Comisión incluyó este requisito para excluir los actos inhumanos cometidos por una persona que actuase a iniciativa propia, con arreglo a un plan criminal

⁹⁴ Véase, por ejemplo, *Tadić*, opinión y fallo, 7 de mayo de 1997 (nota 40 *supra*), párrs. 626, 644 y 653 a 655.

⁹⁵ *Ibid.*, párr. 653.

⁹⁶ *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 Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 26).

⁹⁷ Véanse, por ejemplo, *Kunarac*, fallo, 12 de junio de 2002 (nota 58 *supra*), párr. 98; *Kordić*, fallo, 26 de febrero de 2001 (nota 81 *supra*), párr. 182 (donde se determinó que “la existencia de un plan o una política debería considerarse más bien una indicación del carácter sistemático de los delitos considerados crímenes de lesa humanidad”); *Kayishema*, fallo, 21 de mayo de 1999 (nota 41 *supra*), párr. 124 (“Para que un acto en el que se produzcan víctimas de forma masiva 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 (nota 39 *supra*), párr. 580.

⁹⁸ Art. 2, párr. 11, del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, *Yearbook... 1954*, vol. II, pág. 150 (sin cursiva en el original).

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ Art. 18 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), pág. 51 (sin cursiva en el original).

ideado por ella, sin incitación o dirección alguna de un Gobierno o de un grupo u organización¹⁰¹. En otras palabras, el elemento de política trataba de excluir delitos “comunes” de personas que actuaran por iniciativa propia y sin conexión alguna con un Estado o una organización.

25) El párrafo 2 a) del proyecto de artículo 2 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 de dicho Estatuto 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 civil¹⁰² 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”¹⁰³.

26) Este elemento de “política” se ha examinado en varias causas sustanciadas ante la Corte Penal Internacional¹⁰⁴. 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”¹⁰⁵. Mientras que “sistemático” requiere altos niveles de organización y patrones de conducta o una violencia recurrente¹⁰⁶, 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”¹⁰⁷. Además, el requisito de la “política” no exige proyectos formales o planes preestablecidos, puede llevarse a cabo mediante actos u omisiones y puede inferirse de las circunstancias¹⁰⁸. 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 colectiva¹⁰⁹. Asimismo, la política no tiene que ser concreta o precisa y puede evolucionar con el tiempo a medida que varían las circunstancias¹¹⁰. 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 incurre en una conducta prevista por la política y teniendo conocimiento de ello¹¹¹.

¹⁰¹ Párr. 5) del comentario al art. 18 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, *ibid.* Al explicar la inclusión del requisito de la política, la Comisión señaló que sería sumamente difícil para una sola persona que actuase en solitario cometer los actos inhumanos previstos en el artículo 18. *Ibid.*

¹⁰² Corte Penal Internacional, *Elementos de los Crímenes* (véase la nota 38 *supra*), pág. 250.

¹⁰³ *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 (nota 25 *supra*), párrs. 554 y 555 (refiriéndose a actos “aprobados”, “consentidos” y que han recibido “aprobación explícita o implícita”); *Yearbook... 1954*, vol. II, pág. 150, art. 2, párr. 11, del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (“tolerancia”); y Consejo de Seguridad, Informe final de la Comisión de Expertos establecida en virtud de la resolución 780 (1992) del Consejo de Seguridad, documento S/1994/674, párr. 85 (“falta de voluntad de poner coto, enjuiciar y castigar”).

¹⁰⁴ Véanse, por ejemplo, *Ntaganda*, decisión, 13 de julio de 2012 (nota 47 *supra*), párr. 24; *Bemba*, decisión, 15 de junio de 2009 (nota 44 *supra*), párr. 81; *Katanga*, decisión, 30 de septiembre de 2008 (nota 45 *supra*), párr. 396.

¹⁰⁵ *Katanga*, fallo, 7 de marzo de 2014 (véase la nota 45 *supra*), párrs. 1111 y 1112. Véanse también *ibid.*, párr. 1101; *Gbagbo*, decisión, 12 de junio de 2014 (nota 64 *supra*), párr. 208.

¹⁰⁶ *Katanga*, fallo, 7 de marzo de 2014 (véase la nota 45 *supra*), párrs. 1111 a 1113.

¹⁰⁷ *Ibid.*, párr. 1113.

¹⁰⁸ *Ibid.*, párrs. 1108, 1109 y 1113.

¹⁰⁹ *Ibid.*, párr. 1109. Véase también *Gbagbo*, decisión, 12 de junio de 2014 (nota 64 *supra*), párrs. 211, 212 y 215.

¹¹⁰ *Katanga*, fallo, 7 de marzo de 2014 (véase la nota 45 *supra*), párr. 1110.

¹¹¹ *Bemba*, fallo, 21 de marzo de 2016 (véase la nota 44 *supra*), párr. 161.

27) Del mismo modo, en la 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”¹¹². 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”¹¹³. El elemento de política requiere que los actos estén “vinculados” a un Estado o una organización¹¹⁴ y excluye “actos espontáneos o aislados de violencia”; en cambio, una política no tiene que ser adoptada formalmente¹¹⁵ y no se requieren pruebas de razones o motivos concretos¹¹⁶. 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”¹¹⁷. 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 Centroafricana¹¹⁸.

28) La segunda parte del párrafo 2 a) del proyecto de artículo 2 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 relativa a 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”¹¹⁹. A continuación, la Sala señaló que una política adoptada por órganos regionales o locales del Estado podría cumplir el requisito de la política del Estado¹²⁰.

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”¹²¹. Una Sala 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 implique 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”¹²².

30) En su decisión relativa a 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 [...]”

¹¹² *Gbagbo*, fallo, 12 de junio de 2014 (véase la nota 64 *supra*), párrs. 208 y 216.

¹¹³ *Ibid.*, párr. 216.

¹¹⁴ *Ibid.*, párr. 217.

¹¹⁵ *Ibid.*, párr. 215.

¹¹⁶ *Ibid.*, párr. 214.

¹¹⁷ *Bemba*, decisión, 15 de junio de 2009 (véase la nota 44 *supra*), párr. 115.

¹¹⁸ *Bemba*, fallo, 21 de marzo de 2016 (véase la nota 44 *supra*), párr. 669.

¹¹⁹ *Situation in the Republic of Kenya*, decisión, 31 de marzo de 2010 (véase la nota 44 *supra*), párr. 89.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ *Katanga*, decisión, 30 de septiembre de 2008 (véase la nota 45 *supra*), párr. 396 (donde se cita la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia y del Tribunal Penal Internacional 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, párr. 5) del comentario al art. 21 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, *Anuario...*, 1991, vol. II (segunda parte), pág. 111). Véase también *Bemba*, decisión, 15 de junio de 2009 (nota 44 *supra*), párr. 81.

¹²² *Katanga*, fallo, 7 de marzo de 2014 (véase la nota 45 *supra*), párr. 1119.

debe hacerse una distinción en función de si un grupo tiene capacidad para llevar a cabo actos que atenten contra valores humanos fundamentales”¹²³. 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 mencionados¹²⁴.

31) Como consecuencia de la “política” que puede emanar de una organización no estatal, la definición que figura en los párrafos 1 y 2 del proyecto de artículo 2 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 entrarían en el ámbito del proyecto de código”¹²⁵. Como ya se ha indicado, el proyecto de código de crímenes de 1996 añadió el requisito de que, para que fueran 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”¹²⁶. 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

¹²³ *Situation in the Republic of Kenya*, decisión, 31 de marzo de 2010 (véase la nota 44 *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 las características de un Estado” (*Katanga*, fallo, 7 de marzo de 2014 (véase la nota 45 *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).

¹²⁴ *Ruto*, decisión, 23 de enero de 2012 (véase la nota 50 *supra*), párr. 185. Véanse también *Situation in the Republic of Kenya*, decisión, 31 de marzo de 2010 (nota 44 *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.

¹²⁵ *Anuario...*, 1991, vol. II (segunda parte), pág. 112, párr. 5) del comentario al art. 21 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional dispone que, “[p]or ‘grupo delictivo organizado’ se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 2 a).

¹²⁶ Art. 18 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), pág. 51 (art. 18) (sin cursiva en el original).

particulares o a los agentes de un Estado”¹²⁷. Si bien las bandas y grupos delictivos organizados no suelen cometer el tipo de violaciones generalizadas o sistemáticas a que se refiere el proyecto de artículo 2, podrían hacerlo en determinadas circunstancias.

32) La jurisprudencia del Tribunal Penal 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”¹²⁸. 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 humanidad¹²⁹.

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 Congo¹³⁰. 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”¹³¹. 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”¹³² dotado de “una organización jerárquica y un funcionamiento de carácter militar”¹³³. 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, dirigentes locales y ancianos kalenjín”¹³⁴. 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, el bloqueo de carreteras y el idioma”¹³⁵.

“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 Penal Internacional para la ex-Yugoslavia

¹²⁷ *Ibid.*, párr. 5) del comentario al art. 18 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

¹²⁸ *Tadić*, opinión y fallo, 7 de mayo de 1997 (véase la nota 40 *supra*), párr. 654. Para un análisis más detallado respecto de los autores no estatales, véase *ibid.*, párr. 655.

¹²⁹ *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 Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, párrs. 212 a 214.

¹³⁰ *Ntaganda*, decisión, 13 de julio de 2012 (véase la nota 47 *supra*), párr. 22.

¹³¹ *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.

¹³² *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.

¹³³ *Ibid.*, párr. 7.

¹³⁴ *Ruto*, decisión, 23 de enero de 2012 (véase la nota 50 *supra*), párr. 182.

¹³⁵ *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.

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 ataque¹³⁶. Este enfoque, de dos partes, se refleja en los Elementos de los Crímenes del régimen del Estatuto de Roma de 1998, que exige como último elemento en relación con cada uno de los actos prohibidos “[q]ue 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 índole¹³⁷.

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”¹³⁸. Ciertamente, no es necesario probar que el autor conociera los detalles concretos del ataque¹³⁹, sino que el conocimiento del autor podría inferirse de pruebas circunstanciales¹⁴⁰. 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 clara¹⁴¹. 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: el cargo del acusado en la jerarquía militar; el hecho de que asumiera un papel importante en el marco general del plan criminal; su presencia en el lugar 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 actos¹⁴².

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 amplio¹⁴³. Según la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en la causa *Kunarac*, la prueba de que el autor cometió los actos prohibidos por motivos 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”¹⁴⁴. Lo que resulta

¹³⁶ Véanse, por ejemplo, *Kunarac*, fallo, 22 de febrero de 2001 (nota 45 *supra*), párr. 418; *Kayishema*, fallo, 21 de mayo de 1999 (nota 41 *supra*), párr. 133.

¹³⁷ Corte Penal Internacional, *Elementos de los Crímenes* (véase la nota 38 *supra*), pág. 250.

¹³⁸ *Gbagbo*, decisión, 12 de junio de 2014 (véase la nota 64 *supra*), párr. 214.

¹³⁹ *Kunarac*, fallo, 22 de febrero de 2001 (véase la nota 45 *supra*), párr. 434 (donde se determinó que el requisito del conocimiento “no implica el conocimiento de los detalles del ataque”).

¹⁴⁰ Véanse *Blaškić*, fallo, 3 de marzo de 2000 (nota 40 *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 (nota 40 *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 (nota 41 *supra*), párr. 134 (donde se determinó que es suficiente “el conocimiento real o inferido del contexto más amplio del ataque”).

¹⁴¹ *Bemba*, decisión, 15 de junio de 2009 (véase la nota 44 *supra*), párr. 126. Véase *Bemba*, fallo, 21 de marzo de 2016 (nota 44 *supra*), párrs. 166 a 169.

¹⁴² *Katanga*, decisión, 30 de septiembre de 2008 (véase la nota 45 *supra*), párr. 402.

¹⁴³ Véanse, por ejemplo, *Kunarac*, fallo, 12 de junio de 2002 (nota 58 *supra*), párr. 103; *Kupreškić*, fallo, 14 de enero de 2000 (nota 25 *supra*), párr. 558.

¹⁴⁴ *Kunarac*, fallo, 12 de junio de 2002 (véase la nota 58 *supra*), párr. 103.

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 ataque¹⁴⁵. 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 musulmanas¹⁴⁶. La Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia determinó que el acusado cumplía el requisito del conocimiento 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”¹⁴⁷. 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 humanidad¹⁴⁸. 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”¹⁴⁹.

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 2 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 civil¹⁵⁰. La determinación de la existencia del nexo necesario exige “una evaluación objetiva que tenga en cuenta, en particular, las características, los objetivos, la naturaleza 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 párrafo 1 del proyecto de artículo 2¹⁵¹. 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 él¹⁵².

38) Cabe mencionar dos aspectos de esos apartados. En primer lugar, con respecto al apartado h), el artículo 7, párrafo 1 h), del Estatuto de Roma de 1998, que tipifica los actos de persecución cuando se llevan a cabo en conexión con “cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte”. La cláusula “o con cualquier crimen de la competencia de la Corte” no se ha mantenido en el párrafo 1 h) del proyecto de artículo 2. La Comisión consideró que esta cláusula tenía por objeto establecer una competencia específica de la Corte Penal Internacional y no indicar el ámbito de lo que

¹⁴⁵ Véase, por ejemplo, *Kunarac*, fallo, 22 de febrero de 2001 (nota 45 *supra*), párr. 592.

¹⁴⁶ *Ibid.*, párrs. 2 a 11.

¹⁴⁷ *Ibid.*, párr. 592.

¹⁴⁸ *Katanga*, fallo, 7 de marzo de 2014 (véase la nota 45 *supra*), párr. 1125.

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ Véanse, por ejemplo, *Kunarac*, fallo, 12 de junio de 2002 (nota 58 *supra*), párr. 100; *Tadić*, opinión y fallo, 7 de mayo de 1997 (nota 40 *supra*), párr. 649.

¹⁵¹ *Bemba*, fallo, 21 de marzo de 2016 (véase la nota 44 *supra*), párr. 165.

¹⁵² 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 Penal 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 Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 234, *Judicial Supplement No. 42*, junio de 2003; *Mrkšić*, fallo, 27 de septiembre de 2007 (nota 41 *supra*), párr. 438; *Tadić. Prosecutor v. Duško Tadić*, causa núm. IT-94-1-A, fallo, 15 de julio de 1999, Sala de Apelaciones, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 249, *Judicial Supplement No. 6*, junio/julio de 1999.

debe constituir la persecución como crimen de lesa humanidad en términos más generales o a los efectos del derecho interno. Esa cláusula no se utiliza como umbral de la competencia en el caso de otras cortes y tribunales penales internacionales contemporáneos¹⁵³. Por otra parte, se ha mantenido la cláusula “en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo” por: a) la preocupación de que, de lo contrario, el texto incluiría en la definición de crímenes de lesa humanidad una amplia gama de prácticas discriminatorias que no constituyen necesariamente crímenes de lesa humanidad; y b) el reconocimiento de que el párrafo 1 k) abarca, según dispone, otros actos inhumanos. Así, la cláusula “en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo” proporciona orientación en cuanto a la naturaleza de las persecuciones que constituyen un crimen de lesa humanidad, en concreto los actos de persecución de carácter y gravedad similares a los actos enumerados en los demás apartados del párrafo 1. En otro orden de cosas, cabe señalar que la expresión “u otros motivos...” del apartado h) contempla la persecución por motivos distintos de los expresamente enumerados, siempre que tales motivos sean “universalmente reconocidos como inaceptables por el derecho internacional”. Se han sugerido otros motivos a este respecto, como la persecución en forma de actos dirigidos contra niños por motivos de edad o nacimiento¹⁵⁴.

39) En segundo lugar, con respecto al apartado k) sobre “otros actos inhumanos”, cabe observar que los Elementos de los Crímenes del régimen del Estatuto de Roma de 1998 establecen que los crímenes de lesa humanidad deben cumplir los requisitos siguientes:

- 1) Que el autor haya causado mediante un acto inhumano grandes sufrimientos o atentado gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.
- 2) Que tal acto haya tenido un carácter similar a cualquier otro de los actos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto.
- 3) Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban el carácter del acto.
- 4) Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.
- 5) 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 tipo¹⁵⁵.

Definiciones dentro de la definición

40) Tal y como se ha señalado anteriormente, el párrafo 2 a) del proyecto de artículo 2 define “ataque contra una población civil” a los efectos del párrafo 1 del proyecto de artículo 2. Los demás apartados b) a i) del párrafo 2 del proyecto de artículo 2 definen otras expresiones que figuran en el párrafo 1, en concreto, “exterminio”, “esclavitud”¹⁵⁶,

¹⁵³ Véase el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, art. 5 h) (aunque se observa que en la definición de crímenes de lesa humanidad del Tribunal se incluía la frase “cuando estos han sido cometidos en el curso de un conflicto armado”); Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, art. 3 h); Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, art. 2 h); Ley de las Salas Especiales de Camboya, art. 5; Protocolo de Enmiendas al Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos (Protocolo de Malabo, Malabo, 27 de junio de 2014), art. 28C, párr. 1 h), que puede consultarse en <https://au.int/en/treaties/protocol-amendments-protocol-statute-african-court-justice-and-human-rights>.

¹⁵⁴ Fiscalía de la Corte Penal Internacional, “Política relativa a los niños” (2016), párr. 51 (“La Fiscalía considera que [...] los actos dirigidos contra niños por motivos de edad o nacimiento pueden ser objeto de cargos por persecución por ‘otros motivos’”).

¹⁵⁵ Corte Penal Internacional, *Elementos de los Crímenes* (véase la nota 38 *supra*), pág. 257.

¹⁵⁶ La definición de “esclavitud” se refiere en parte a la “trata de personas”. El artículo 3 a) del 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, define la “trata de personas” como sigue:

“deportación o traslado forzoso de población”, “tortura”, “embarazo forzado”, “persecución”, “el crimen de *apartheid*” y “desaparición forzada de personas”. 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 2.

41) El artículo 7, párrafo 3, del Estatuto de Roma de 1998 establece que, a los efectos de ese instrumento, 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”. Ese párrafo (así como la remisión a él que figura en el párrafo 1 h) del artículo 7), no se ha mantenido en el proyecto de artículo 2. Desde la aprobación del Estatuto de Roma, se han producido diversos avances en el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional que reflejan la manera actual de interpretar el término “género”, en particular la guía práctica de 2004 del Comité Internacional de la Cruz Roja¹⁵⁷, la recomendación general núm. 28 de 2010 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer¹⁵⁸, el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, de 2011¹⁵⁹, e informes recientes de Relatores Especiales de las Naciones Unidas o Expertos Independientes¹⁶⁰. Además, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional publicó en 2014 el “Documento de política sobre crímenes sexuales y por motivos de género”, en el que se afirma lo siguiente:

En el párrafo 3 del artículo 7 del Estatuto se define “género” del siguiente modo: “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”. Esa definición lleva implícita la interpretación social del género y los correspondientes papeles, comportamientos, actividades y atributos asignados a las mujeres y los

“Por ‘trata de personas’ se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.

¹⁵⁷ CICR, *Responder a las necesidades de las mujeres afectadas por conflictos armados: Guía Práctica del CICR*, Ginebra, 2004, pág. 7 (“El término ‘género’ alude al comportamiento respectivo culturalmente esperado de hombres y mujeres en relación con papeles, actitudes y valores que se les atribuyen en función de su sexo, mientras que el término ‘sexo’ hace referencia a las características biológicas y físicas”).

¹⁵⁸ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 28 (2010) relativa a las obligaciones básicas de los Estados parte de conformidad con el artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 38 (A/66/38)* (segunda parte), anexo III, pág. 106. El párrafo 5 de la recomendación señala que el término “género” se refiere a “las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que la sociedad atribuye a esas diferencias biológicas”.

¹⁵⁹ Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica (Estambul, 11 de mayo de 2011), Consejo de Europa, *Treaty Series*, núm. 210. El artículo 3 c) del Convenio señala que, a los efectos del instrumento, “por ‘género’ se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres”.

¹⁶⁰ Véanse, por ejemplo, el informe de la Relatora Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias acerca de la adopción de un enfoque de género respecto de las ejecuciones arbitrarias (2017) (*A/HRC/35/23*), párrs. 17 y ss.; el informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género (2018) (*A/73/152*), párr. 2 (“La identidad de género hace referencia a la experiencia interna e individual del género que cada persona siente profundamente, que puede corresponderse o no con el sexo asignado al nacer y que abarca la manera personal de sentir el propio cuerpo (que puede implicar, si se basa en la libre elección, la modificación de la apariencia o función corporal por medios médicos, quirúrgicos o de otro tipo) y otras expresiones del género, en particular la vestimenta, el habla y los gestos”).

hombres y las niñas y los niños. La Fiscalía aplicará e interpretará lo que antecede de conformidad con los derechos humanos internacionalmente reconocidos con arreglo al párrafo 3 del artículo 21 [del Estatuto de Roma de 1998]¹⁶¹.

Otras autoridades internacionales¹⁶² y la jurisprudencia de cortes y tribunales penales internacionales¹⁶³ han adoptado un enfoque similar del género como concepto social (en lugar de biológico).

42) Por consiguiente, la Comisión decidió no incluir la definición de “género” que figura en el artículo 7, párrafo 3, del Estatuto de Roma de 1998, permitiendo así que el término se aplique a los efectos del presente proyecto de artículos sobre la base de una interpretación evolutiva de su significado. Por tanto, si bien en el presente proyecto de artículos no se establece una definición de ese término, lo mismo ocurre con otros empleados en el párrafo 1 h) del proyecto de artículo 2, como “políticos”, “raciales”, “nacionales”, “étnicos”, “culturales” o “religiosos”. No obstante, los Estados pueden guiarse por las fuentes indicadas anteriormente para interpretar el sentido de “género”.

Párrafo 3

43) El párrafo 3 del proyecto de artículo 2 dispone lo siguiente: “El presente proyecto de artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier otra definición más amplia prevista en cualquier instrumento internacional, en el derecho internacional consuetudinario o en el derecho interno”. Esta disposición es similar al artículo 1, párrafo 2, de la Convención

¹⁶¹ Fiscalía de la Corte Penal Internacional, “Documento de política sobre crímenes sexuales y por motivos de género” (2014), párr. 15. El párrafo 3 del artículo 21 del Estatuto de Roma, relativo al “derecho aplicable”, comienza así: “La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos...”.

¹⁶² *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, opinión consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, Corte Interamericana de Derechos Humanos, párr. 32 (en español solamente); Comité contra la Tortura, Noveno informe anual del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (2016) (CAT/C/57/4 y Corr.1), párr. 53; Comité contra la Tortura, observación general núm. 2 (2007) sobre la aplicación del artículo 2, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/63/44)*, anexo VI; Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 33 (2015) sobre el acceso de las mujeres a la justicia (CEDAW/C/GC/33); Comité contra la Tortura, observación general núm. 3 (2012) sobre la aplicación del artículo 14 por los Estados parte, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/68/44)*, anexo X; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 16 (2005) sobre la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3), *Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, Informe sobre los períodos de sesiones trigésimo cuarto y trigésimo quinto, Suplemento núm. 2 (E/2006/22-E/C.12/2005/5)*, anexo VIII; Informe del Secretario General, La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (2001) (A/56/156); Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 28 (2000) sobre el artículo 3 (Igualdad de derechos entre hombres y mujeres), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 40 (A/55/40)*, vol. I, anexo VI B; Informe del Secretario General: Aplicación de los resultados de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (1996) (A/51/322); Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 19 (1993) sobre la violencia contra la mujer, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 38 (A/47/38)*, cap. I.

¹⁶³ *Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean Bosco and Hassan Ngeze*, causa núm. ICTR-99-52-T, fallo y pena, 3 de diciembre de 2003, Sala de Primera Instancia I, Tribunal Penal Internacional para Rwanda, *Reports of Orders, Decisions and Judgements 2003*, págs. 376 y ss., en especial pág. 1116, párr. 1079; *Prosecutor v. Miroslav Kvočka et al.*, causa núm. IT-98-30/1-T, fallo, 2 de noviembre de 2001, Sala de Primera Instancia, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 327; *Prosecutor v. Miroslav Kvočka et al.*, causa núm. IT-98-30/1-A, fallo, 28 de febrero de 2005, Sala de Apelaciones, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, párrs. 369 y 370; *Situation in the Democratic Republic of Congo in the case of the Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, causa núm. ICC-01/04-01/06, decisión por la que se establecen los principios y procedimientos que deben aplicarse a las reparaciones, 7 de agosto de 2012, Sala de Cuestiones Preliminares I, Corte Penal Internacional, párr. 191.

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”¹⁶⁴. El artículo 10 del Estatuto de Roma de 1998 (que figura 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”.

44) El párrafo 3 tiene por objeto asegurar que la definición de “crímenes de lesa humanidad” recogida en los dos primeros párrafos del proyecto de artículo 2 no ponga en tela de juicio ninguna otra definición más amplia que pueda existir en derecho internacional, en particular en instrumentos internacionales o el derecho internacional consuetudinario, o en el derecho interno. Debe entenderse que el sentido de la expresión “instrumento internacional” es más amplio que el de un simple acuerdo internacional jurídicamente vinculante, pero limitado a instrumentos elaborados por Estados u organizaciones internacionales, como las Naciones Unidas. En la medida en que la definición de crímenes de lesa humanidad es más amplia en ciertos aspectos en el derecho internacional consuetudinario, también a ese respecto el presente proyecto de artículos se entenderá sin perjuicio de tal derecho. Los Estados también pueden aprobar legislación nacional que contenga una definición más amplia de los crímenes de lesa humanidad, quizás tomando como referencia definiciones más amplias que puedan figurar en instrumentos internacionales o en el derecho internacional consuetudinario. Así pues, aunque uno de los objetivos importantes del presente proyecto de artículos es la armonización del derecho interno, de forma que pueda servir de base para una sólida cooperación interestatal, si un Estado desea adoptar o mantener una definición más amplia en su derecho interno, el presente proyecto de artículos no le impedirá hacerlo.

45) Por ejemplo, la definición de “desaparición forzada de personas” que figura en el proyecto de artículo 2 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 1992¹⁶⁵, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de 1994¹⁶⁶, y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 2006¹⁶⁷. 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.

46) En vista de estas diferencias, la Comisión consideró prudente incluir la cláusula “sin perjuicio” que figura en el párrafo 3 del proyecto de artículo 2. No obstante, un elemento recogido en el derecho interno 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, a menos que los Estados de que se trate convengan en ello.

Artículo 3 **Obligaciones generales**

1. Todo Estado tiene la obligación de no incurrir en actos que constituyan crímenes de lesa humanidad.

¹⁶⁴ Convención contra la Tortura, art. 1, párr. 2.

¹⁶⁵ 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. 1.

¹⁶⁶ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Belém do Pará, 9 de junio de 1994), Organización de los Estados Americanos, *Treaty Series*, núm. 60, art. II.

¹⁶⁷ 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, art. 2.

2. Todo Estado se compromete a prevenir y castigar los crímenes de lesa humanidad que sean crímenes según el derecho internacional, cometidos o no en tiempo de conflicto armado.

3. 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 3 enuncia en el párrafo 1 la obligación general de los Estados de no incurrir en actos que constituyan crímenes de lesa humanidad y, en el párrafo 2, una adicional de prevenir y castigar los crímenes de lesa humanidad. El párrafo 3 deja claro que en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales como justificación de los crímenes de lesa humanidad.

2) El párrafo 1 del proyecto de artículo 3 establece la primera obligación general, a saber, que “[t]odo Estado tiene la obligación de no incurrir en actos que constituyan crímenes de lesa humanidad”. En instrumentos anteriores, como la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948, y la Convención contra la Tortura, de 1984, en general no se ha señalado expresamente que los Estados no habrán de cometer los actos de los que se ocupan esos instrumentos. No obstante, la Comisión consideró conveniente hacer explícita esa obligación en el proyecto de artículo 3. La prohibición de incurrir en “actos que constituyan crímenes de lesa humanidad” es adecuada, ya que no son los propios Estados los que cometen los crímenes; los crímenes son cometidos por personas, si bien los “actos” que “constituy[e]n” esos crímenes pueden ser atribuibles al Estado en virtud de las normas sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

3) La obligación general de “no incurrir en actos” contiene dos elementos. En primer lugar, 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”¹⁶⁸. 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 determinó que la identificación del genocidio como crimen, así como la obligación del Estado de prevenirlo, va necesariamente aparejada a la obligación de no cometer genocidio:

En el artículo I, los Estados parte se comprometen a prevenir la comisión de un acto de este tipo, que el artículo describe como “un delito de derecho internacional”. El artículo no exige expresamente a los Estados que se abstengan de cometer 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 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 parte 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 parte 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 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

¹⁶⁸ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, fallo (véase la nota 13 *supra*), págs. 43 y ss., en especial pág. 113, párr. 166.

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 genocidio¹⁶⁹.

4) 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 las obligaciones en cuestión”¹⁷⁰.

5) Ante el incumplimiento de la 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 por hechos internacionalmente ilícitos. De hecho, en el contexto de las controversias que pueden 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 crimen de genocidio, la Corte Internacional de Justicia ha subrayado que el incumplimiento de la obligación de no cometer genocidio no constituye una infracción de *naturaleza penal* por parte del Estado, sino más bien un incumplimiento del derecho internacional que entraña la responsabilidad del Estado¹⁷¹. El planteamiento de la Corte concuerda con las opiniones expresadas anteriormente por la Comisión¹⁷², por ejemplo, en el comentario al proyecto de 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”¹⁷³.

6) En segundo lugar, los Estados tienen la obligación, en virtud del derecho internacional, de no prestar ayuda o asistencia a otro Estado, ni de dirigir, controlar o coaccionar a otro Estado en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito¹⁷⁴.

7) El párrafo 2 del proyecto de artículo 3 establece una segunda obligación general: “Todo Estado se compromete a prevenir y castigar los crímenes de lesa humanidad que sean crímenes según el derecho internacional, cometidos o no en tiempo de conflicto armado.” 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 señaló (de nuevo al examinar el artículo I de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948) que los Estados tienen 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 actos¹⁷⁵. En este caso, se espera que el Estado parte ponga su máximo empeño (un umbral de diligencia debida) cuando tenga la “capacidad de influir efectivamente sobre las acciones de las personas que podrían cometer, o que estén cometiendo” tales actos, lo que a su vez depende de los vínculos geográficos, políticos y de otro tipo que existen entre el

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ *Ibid.*, pág. 120, párr. 183.

¹⁷¹ *Ibid.*, pág. 114, párr. 167 (la Corte determinó que “la naturaleza de la responsabilidad internacional es muy distinta de la de la responsabilidad penal”).

¹⁷² *Anuario...*, 1998, vol. II (segunda parte), pág. 70, párr. 249 (en el que la Comisión determinó que la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de 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”).

¹⁷³ *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 152, párr. 3) del comentario al art. 58 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

¹⁷⁴ *Ibid.*, págs. 69 y ss., arts. 16 a 18 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

¹⁷⁵ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (véase la nota 13 *supra*), págs. 43 y ss., en especial pág. 113, párr. 166.

Estado parte y las personas o grupos en cuestión¹⁷⁶. 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 genocidio”¹⁷⁷. El contenido adicional de esta segunda obligación general se aborda de diversas maneras en obligaciones más específicas establecidas en los proyectos de artículo siguientes, 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 nacionales, así como cooperando con otros Estados, con organizaciones intergubernamentales pertinentes y, según proceda, con otras organizaciones.

8) La Corte Internacional de Justicia también analizó el significado de la expresión “se comprometen” 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 todo lo posible para prevenir la comisión de tales actos en el futuro”¹⁷⁸. 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 siguientes¹⁷⁹.

El compromiso de prevenir y castigar los crímenes de lesa humanidad que se formula en el párrafo 2 del proyecto de artículo 3 pretende expresar el mismo tipo de obligación jurídicamente vinculante para los Estados; tampoco tiene carácter meramente exhortatorio o deliberado ni es simplemente una introducción a proyectos de artículo posteriores.

9) La Corte Internacional de Justicia también observó que, en el contexto de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948, el deber de castigar 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 castigos aplicables a las personas que cometan esos actos, e imponer esos castigos de manera efectiva a quienes cometan los actos que se pretende prevenir”¹⁸⁰, la Corte consideró que “el deber de prevenir el genocidio y el deber de castigar a sus autores son dos obligaciones distintas pero conectadas”¹⁸¹. Ciertamente, la “obligación de cada Estado contratante de prevenir el genocidio es tanto preceptiva como ineludible, y no está incorporada al deber de castigar, ni puede considerarse simplemente como un componente de ese deber”¹⁸².

¹⁷⁶ *Ibid.*, pág. 221, párr. 430.

¹⁷⁷ *Ibid.*, pág. 221, párr. 431. Véase *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 27, art. 14, párr. 3, del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos: “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”).

¹⁷⁸ *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.

¹⁷⁹ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, fallo (véase la nota 13 *supra*), págs. 43 y ss., en especial pág. 111, párr. 162.

¹⁸⁰ *Ibid.*, pág. 219, párr. 426.

¹⁸¹ *Ibid.*, párr. 425.

¹⁸² *Ibid.*, pág. 220, párr. 427.

10) Al expresar esa segunda obligación general de “prevenir y castigar los crímenes de lesa humanidad”, el párrafo 2 del proyecto de artículo 3 reconoce esos crímenes como “crímenes según el derecho internacional, cometidos o no en tiempo de conflicto armado”. Si bien esa frase podría figurar en el párrafo 1 del proyecto de artículo 3, se ha incorporado en el párrafo 2, en el que se hace hincapié en la prevención y el castigo de los “crímenes” cometidos por personas físicas, más que en los actos de los Estados.

11) Con respecto a los crímenes de lesa humanidad como “crímenes según el derecho internacional”, el Estatuto de Núremberg incluyó los “crímenes de lesa humanidad” como parte de la competencia del Tribunal. Entre otras cosas, el Tribunal señaló que “las personas pueden ser castigadas por vulnerar el derecho internacional. Los crímenes que contravienen el derecho internacional son cometidos por personas físicas, no por entidades abstractas, y solo castigando a las personas que cometen esos crímenes se pueden hacer cumplir las disposiciones del derecho internacional”¹⁸³. Los crímenes de lesa humanidad también entraban dentro de la competencia del Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente (en adelante, “Tribunal de Tokio”)¹⁸⁴.

12) Los principios del derecho internacional reconocidos en el Estatuto de Núremberg fueron recordados y reafirmados en 1946 por la Asamblea General¹⁸⁵, que también encargó a la Comisión que “formul[ara]” los principios del Estatuto de Núremberg y preparara un proyecto de código en materia de delitos¹⁸⁶. En 1950 la Comisión elaboró los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg, en los que se decía que los crímenes de lesa humanidad eran “sancionables como crímenes según el derecho internacional”¹⁸⁷. 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”¹⁸⁸.

13) 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 artículo 6 c) del Estatuto de Núremberg definió los crímenes de lesa humanidad como la comisión de determinados actos, “constituyan o no una vulneración del derecho interno del país donde se perpetraron”. 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”¹⁸⁹. 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 internacional¹⁹⁰.

¹⁸³ Sentencia de 30 de septiembre de 1946 (véase la nota 92 *supra*), pág. 466.

¹⁸⁴ 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.

¹⁸⁵ Confirmación de los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg, resolución 95 (I) de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 1946.

¹⁸⁶ Formulación de los principios reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg, resolución 177 (II) de la Asamblea General, de 21 de noviembre de 1947.

¹⁸⁷ *Yearbook... 1950*, vol. II, documento A/1316, tercera parte, pág. 376, principio VI de los Principios de Núremberg.

¹⁸⁸ *Yearbook... 1954*, vol. II, pág. 150, art. 1 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

¹⁸⁹ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 19, párr. 50, art. 1 del proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad). El proyecto de código de 1996 contenía cinco categorías de crímenes, una de las cuales estaba constituida por los crímenes de lesa humanidad.

¹⁹⁰ Véase la nota 21 *supra* y el texto que la acompaña.

14) El párrafo 2 del proyecto de artículo 3 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 internacionales¹⁹¹. La definición de crímenes de lesa humanidad que figura en el Estatuto de Núremberg, en su versión modificada por el Protocolo de Berlín¹⁹², vinculaba la competencia del Tribunal Militar Internacional respecto de los crímenes de lesa humanidad a la existencia de un conflicto armado internacional; los actos solo eran competencia del Tribunal si se cometían “en ejecución de” crímenes que fueran de su competencia “o en relación con” dichos crímenes, es decir, los crímenes contra la paz o los crímenes de guerra. Por tanto, si bien el Estatuto no excluía la competencia respecto de actos cometidos antes del conflicto armado, 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 conducta¹⁹³. 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 el conflicto armado, aunque en algunos casos la relación de esos crímenes con otros que entraban dentro de la competencia del Tribunal Militar Internacional era tenue¹⁹⁴.

15) Los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg, 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 armado¹⁹⁵. 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 han de tener conexión con un crimen contra la paz¹⁹⁶. Al mismo tiempo, la Comisión sostuvo que “ciertos actos pueden ser crímenes de lesa humanidad aunque su autor los cometa contra su

¹⁹¹ Véase CICR, *Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, 2ª ed., 2016, párr. 218 del comentario al artículo 2 común (en adelante, “CICR, *Commentary on the First Geneva Convention*, 2016”) (“Los conflictos armados en el sentido del artículo 2, párrafo 1, son los que enfrentan a las Altas Partes Contratantes (es decir, los Estados) y se producen cuando uno o más Estados recurren a la fuerza armada contra otro Estado, independientemente de los motivos o la intensidad del enfrentamiento”); *ibid.*, párr. 387 del comentario al artículo 3 común (“Una situación de violencia que traspasa el umbral de ‘conflicto armado de carácter no internacional’ es una situación en la que las Partes organizadas se enfrentan entre sí con una violencia de cierto grado de intensidad. Es una determinación basada en los hechos”).

¹⁹² 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* (Núremberg, 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.

¹⁹³ 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”).

¹⁹⁴ Véase, por ejemplo, *Kupreškić*, fallo, 14 de enero de 2000 (nota 25 *supra*), 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).

¹⁹⁵ *Yearbook... 1950*, vol. II, documento A/1316, tercera parte, pág. 377, principio VI c) de los Principios de Núremberg.

¹⁹⁶ *Ibid.*, párr. 123.

propia población¹⁹⁷. 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 Núremberg, 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 1946¹⁹⁸”.

16) La competencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia incluía los “crímenes de lesa humanidad”. El artículo 5 de su Estatuto dispone que el Tribunal podrá 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 internacional¹⁹⁹”. 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 se elaboró en 1993 en el entendimiento de que en la ex-Yugoslavia existía de hecho un conflicto armado. 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 aclaró posteriormente que no había “base lógica o jurídica” para mantener la conexión con un conflicto armado, ya que “se ha abandonado” en la práctica de los Estados desde Núremberg²⁰⁰. La Sala de Apelaciones también observó que la “obsolescencia del requisito del vínculo se pone de manifiesto en las convenciones internacionales que se ocupan del genocidio y el *apartheid*, que prohíben determinados tipos de crímenes de lesa humanidad, con independencia de cualquier conexión con un conflicto armado²⁰¹”. De hecho, la Sala de Apelaciones mantuvo posteriormente que esa conexión en el Estatuto del Tribunal se limitaba simplemente a circunscribir su competencia *ratione materiae*, y no suponía una codificación del derecho internacional consuetudinario²⁰².

17) 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 reprodujo la misma serie de actos que figuraban en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, en el encabezamiento del texto no se mantuvo la referencia a un conflicto armado²⁰³. Del mismo modo, el artículo 7

¹⁹⁷ *Ibid.*, párr. 124.

¹⁹⁸ 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 2019, 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 2019, eran parte en ese Convenio 8 Estados.

¹⁹⁹ Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, art. 5.

²⁰⁰ *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 Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Judicial Reports 1994-1995*, vol. I, párr. 140.

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² Véase, por ejemplo, *Kordić*, fallo, 26 de febrero de 2001 (nota 81 *supra*), párr. 33; *Tadić*, fallo, 15 de julio de 1999 (nota 152 *supra*), párr. 251 (“[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 pide más de lo que exige el derecho internacional consuetudinario”).

²⁰³ Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, art. 3. 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 Penal 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”).

del Estatuto de Roma de 1998, no mantuvo ninguna referencia a un conflicto armado, y tampoco ha ocurrido así en el caso de otras cortes y tribunales penales pertinentes²⁰⁴.

18) Así, mientras que las primeras definiciones de crímenes de lesa humanidad requerían que los actos subyacentes se llevaran a cabo en conexión con un conflicto armado, esa conexión ha desaparecido de los estatutos de las cortes y tribunales penales internacionales contemporáneos, incluido el Estatuto de Roma de 1998. En su lugar, como se indica en relación con los requisitos “del encabezamiento” del proyecto de artículo 2, párrafo 1 (conjuntamente con el párrafo 2 a)), el crimen ha de cometerse como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido 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.

19) La práctica convencional, la jurisprudencia y la aceptación asentada entre los Estados al respecto establecen que los crímenes de lesa humanidad son crímenes según el derecho internacional que deben prevenirse y castigarse con independencia de que hayan sido cometidos o no en tiempo de conflicto armado y estén o no tipificados en el derecho interno.

20) En el párrafo 3 del proyecto de artículo 3 se indica que no podrán invocarse circunstancias excepcionales como justificación de los crímenes de lesa humanidad. Ese 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 1984²⁰⁵, pero se ha adaptado al contexto de los crímenes de lesa humanidad. Las palabras “estado de guerra o amenaza de guerra” se han sustituido por “conflicto armado”, al igual que en el proyecto de artículo 3, párrafo 2. Además, se ha empleado la expresión “tales como” para destacar que los ejemplos citados no pretenden ser exhaustivos.

21) En otros tratados de ámbito universal o regional que se ocupan de delitos graves encontramos formulaciones 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 redacción análoga²⁰⁶, al igual que el artículo 5 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, de 1985²⁰⁷.

22) Una de las ventajas de la formulación del proyecto de artículo 3, párrafo 3, con respecto a los crímenes de lesa humanidad es que está redactada de modo que hace referencia a la conducta de Estados o de actores no estatales. Al mismo tiempo, el párrafo solo aborda esta cuestión en el contexto de las obligaciones de los Estados establecidas en los párrafos 1 y 2, y no, por ejemplo, en el contexto de las eximentes que una persona pueda alegar en un procedimiento penal o de otros motivos de exclusión de la responsabilidad penal.

Artículo 4 **Obligación de prevenir**

Todo Estado se compromete a prevenir los crímenes de lesa humanidad, de conformidad con el derecho internacional:

²⁰⁴ Véase, por ejemplo, causa núm. 002/19-09-2007-ECCC/SC, sentencia en apelación, 23 de noviembre de 2016, Sala de la Corte Suprema, Salas Especiales de los Tribunales de Camboya, párr. 721 (donde se indica que la definición de crímenes de lesa humanidad con arreglo al derecho internacional consuetudinario en 1975 no requería que hubiera un nexo con un conflicto armado).

²⁰⁵ 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”).

²⁰⁶ 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”).

²⁰⁷ Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Cartagena, 9 de diciembre de 1985), Organización de los Estados Americanos, *Treaty Series*, núm. 67, 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”).

- a) adoptando medidas legislativas, administrativas, judiciales u otras medidas preventivas apropiadas eficaces en todo territorio que esté bajo su jurisdicción; y
- b) cooperando con otros Estados, organizaciones intergubernamentales pertinentes y, según proceda, otras organizaciones.

Comentario

1) El proyecto de artículo 4 profundiza en la obligación de prevenir los crímenes de lesa humanidad establecida, en términos generales, en el proyecto de artículo 3, párrafo 2. 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). Así, 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”²⁰⁸. 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 hacer efectivas las disposiciones de la Convención y una disposición que permite a los Estados parte recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que actúen para prevenir el genocidio.

3) Esta obligación de adoptar medidas preventivas es característica de la mayoría de los tratados multilaterales celebrados desde los años sesenta que se ocupan de 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 1971²⁰⁹; la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, de 1973²¹⁰; la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, de 1973²¹¹; la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes,

²⁰⁸ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, art. I.

²⁰⁹ 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”.

²¹⁰ 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 parte cooperarán en la prevención de los delitos previstos en el artículo 2, en particular: a) adoptando todas 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”).

²¹¹ 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 parte en la presente Convención se obligan [...]: a) adoptar las medidas legislativas o de

de 1979²¹²; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984²¹³; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, de 1985²¹⁴; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de 1994²¹⁵; la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, de 1994²¹⁶; el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, de 1997²¹⁷; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000²¹⁸; 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 2000²¹⁹; el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra,

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”).

- ²¹² 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 parte 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”).
- ²¹³ 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”).
- ²¹⁴ Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, art. 1 (“Los Estados parte 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 parte tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar, además, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el ámbito de su jurisdicción”.
- ²¹⁵ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, art. 1 (“Los Estados parte 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”).
- ²¹⁶ 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 parte 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”).
- ²¹⁷ 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 parte cooperarán en la prevención de los delitos previstos en el artículo 2”).
- ²¹⁸ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 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 parte procurarán formular y evaluar proyectos nacionales y establecer y promover prácticas y políticas óptimas para la prevención de la delincuencia organizada transnacional”).
- ²¹⁹ 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. 9, párr. 1 (“Los Estados parte 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

Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000²²⁰; el Protocolo contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, sus Piezas y Componentes y Municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2001²²¹; el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 2002²²²; la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003²²³, y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 2006²²⁴.

de trata de personas, especialmente las mujeres y los niños, contra un nuevo riesgo de victimización”).

- ²²⁰ Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, 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. 2241, núm. 39574, pág. 480, art. 11, párr. 1 (“Sin perjuicio de los compromisos internacionales relativos a la libre circulación de personas, los Estados parte reforzarán, en la medida de lo posible, los controles fronterizos que sean necesarios para prevenir y detectar el tráfico ilícito de migrantes”); art. 11, párr. 2 (“Cada Estado parte adoptará medidas legislativas u otras medidas apropiadas para prevenir, en la medida de lo posible, la utilización de medios de transporte explotados por transportistas comerciales para la comisión del delito tipificado con arreglo al apartado a) del párrafo 1 del artículo 6 del presente Protocolo”); art. 14, párr. 1 (“Los Estados parte impartirán a los funcionarios de inmigración y a otros funcionarios pertinentes capacitación especializada en la prevención de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo y en el trato humano de los migrantes objeto de esa conducta, respetando sus derechos reconocidos conforme al presente Protocolo o reforzarán dicha capacitación, según proceda”).
- ²²¹ Protocolo contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, sus Piezas y Componentes y Municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Nueva York, 31 de mayo de 2001), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2326, núm. 39574, pág. 208, art. 9 (“Todo Estado parte que, de conformidad con su derecho interno, no reconozca como arma de fuego un arma desactivada adoptará las medidas que sean necesarias, incluida la tipificación de delitos específicos, si procede, a fin de prevenir la reactivación ilícita de las armas de fuego desactivadas”); art. 11 (“A fin de detectar, prevenir y eliminar el robo, la pérdida o la desviación, así como la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, cada Estado parte adoptará medidas apropiadas para: a) Exigir que se garantice la seguridad de las armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones en el curso de su fabricación, de su importación y exportación y de su tránsito a través de su territorio; y b) Aumentar la eficacia de los controles de importación, exportación y tránsito, incluidos, cuando proceda, los controles fronterizos, así como de la cooperación transfronteriza entre los servicios policiales y aduaneros”); art. 14 (“Los Estados parte cooperarán entre sí y con las organizaciones internacionales pertinentes, según proceda, a fin de que los Estados parte que lo soliciten reciban la formación y asistencia técnica requeridas para reforzar su capacidad de prevenir, combatir y erradicar la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego”).
- ²²² 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, preámbulo (“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”); art. 3 (“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”).
- ²²³ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 6, párr. 1 (“Cada Estado parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, garantizará la existencia de un órgano u órganos, según proceda, encargados de prevenir la corrupción”); art. 9, párr. 1 (“Cada Estado parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción”); art. 12, párr. 1 (“Cada Estado parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para prevenir la corrupción y mejorar las normas contables y de auditoría en el sector privado, así como, cuando proceda, prever sanciones civiles, administrativas o penales eficaces, proporcionadas y disuasivas en caso de incumplimiento de esas medidas”).
- ²²⁴ Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, preámbulo (“Decididos a prevenir las desapariciones forzadas y a luchar contra la impunidad en lo que respecta al delito de desaparición forzada”); art. 23 (“1. Cada Estado parte velará

4) Algunos tratados multilaterales de derechos humanos, aun cuando no se centran en la prevención y el castigo de los delitos en sí, 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 1966²²⁵; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 1979²²⁶, y el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica, de 2011²²⁷. 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 otras medidas apropiadas para “hacer efectivo” 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 1966,²²⁸ y la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989²²⁹.

5) La Corte Internacional de Justicia ha señalado que, cuando tomen medidas de prevención, “es evidente que los Estados solo podrán actuar dentro de los límites del

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”).

²²⁵ 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, núm. 9464, pág. 241, art. 3 (“Los Estados parte 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”).

²²⁶ 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 parte 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”) y art. 3 (“Los Estados parte 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”).

²²⁷ Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica, 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”).

²²⁸ 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”).

²²⁹ 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 parte adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención”).

derecho internacional”²³⁰. La Comisión consideró importante recoger ese requisito de manera explícita en el encabezamiento 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 la obligación de prevenir los crímenes de lesa humanidad han de ser compatibles con las normas del derecho internacional, incluidas las normas sobre el uso de la fuerza previstas 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.

6) El proyecto de artículo 4 obliga a los Estados a prevenir los crímenes de lesa humanidad de dos maneras concretas, recogidas en los apartados a) y b), respectivamente.

7) En primer lugar, de conformidad con el apartado a) del proyecto de artículo 4, los Estados han de propiciar de manera activa y con antelación medidas destinadas a impedir que se cometa el delito “adoptando medidas legislativas, administrativas, judiciales u otras medidas preventivas apropiadas eficaces en todo territorio que esté bajo su jurisdicción”. 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”²³¹.

8) Se emplea la expresión “otras medidas preventivas apropiadas”, en vez de solo “otras medidas”, para reforzar la idea de que las medidas a que se hace referencia en el apartado a) son únicamente las relacionadas con la prevención. El término “apropiadas” ofrece cierta flexibilidad a los Estados a la hora de dar cumplimiento a esa obligación, pues les permite ajustar otras medidas preventivas a las circunstancias concretas a las que se enfrenta el Estado de que se trate. El término “eficaces” implica que se espera que el Estado mantenga bajo examen las medidas que haya adoptado y, de ser deficientes, las mejore con otras 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:

Los Estados parte 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 eficaces²³².

9) 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 genocidio²³³ 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”²³⁴; b) se alentó “a los Estados Miembros a fomentar su

²³⁰ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, fallo (véase la nota 13 *supra*), págs. 43 y ss., en especial pág. 221, párr. 430.

²³¹ Convención contra la Tortura, art. 2, párr. 1.

²³² Véase Comité contra la Tortura, observación general núm. 2 (2007).

²³³ 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 sobre la prevención del genocidio, aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 27 de marzo de 2015.

²³⁴ *Ibid.*, párr. 2.

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 prevención²³⁵; 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”²³⁶.

10) En el contexto regional, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 1950 (Convenio Europeo de Derechos Humanos)²³⁷, no contiene ninguna obligación expresa de “prevenir” las vulneraciones del Convenio, pero el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado que el artículo 2, párrafo 1 (relativo al derecho a la vida), contiene una obligación positiva de los Estados parte de salvaguardar la vida de quienes se encuentran bajo su jurisdicción, que consta de dos aspectos: a) el deber de establecer un marco normativo y b) la obligación de adoptar medidas preventivas²³⁸. Al mismo tiempo, el Tribunal ha reconocido que la obligación del Estado parte en este sentido es limitada²³⁹. También ha sostenido que los Estados parte tienen la obligación, de conformidad con el artículo 3 del Convenio, de prevenir la tortura y otras formas de malos tratos²⁴⁰. Del mismo modo, si bien la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969²⁴¹ 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 parte de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención²⁴², ha llegado a la conclusión de que esta obligación

²³⁵ *Ibid.*, párr. 3.

²³⁶ *Ibid.*, párr. 4.

²³⁷ 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.

²³⁸ *Makaratzis v. Greece*, demanda núm. 50385/99, sentencia de 20 de diciembre de 2004, Gran Sala, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ECHR 2004-XI, párr. 57; véase *Kiliç v. Turkey*, demanda núm. 22492/93, sentencia de 28 de marzo de 2000, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ECHR 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); demanda núm. 47848/08, sentencia de 17 de julio de 2014, Gran Sala, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ECHR 2014, párr. 130.

²³⁹ *Mahmut Kaya v. Turkey*, demanda núm. 22535/93, sentencia de 28 de marzo de 2000, Primera Sección, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ECHR 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 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.

²⁴⁰ *A v. United Kingdom*, sentencia de 23 de septiembre de 1998, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Reports of Judgments and Decisions 1998-VI*, párr. 22; *O’Keeffe v. Ireland* [Gran Sala], demanda núm. 35810/09, sentencia de 28 de enero de 2014, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ECHR 2014, párr. 144.

²⁴¹ 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.

²⁴² El artículo 1, párrafo 1, establece lo siguiente: “Los Estados parte 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 parte “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.

implica un “deber de prevención”, que a su vez requiere que el Estado parte 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 parte²⁴³.

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 1985²⁴⁴.

11) 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 formar 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 otro personal 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 futuro²⁴⁵. Es posible que ya existan en el Estado algunas

²⁴³ *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 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 99, párrs. 137 y 142.

²⁴⁴ *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* (nota 243 *supra*), párr. 155.

²⁴⁵ 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 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 parte en el Pacto, párrs. 6 y 7, *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

medidas, tales como programas de formación, para ayudar a prevenir actos ilícitos (como el homicidio, la tortura o la violación) que estén relacionados con 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, en la medida necesaria y apropiada, a fin de prevenir en lo posible de que se cometa el acto prohibido²⁴⁶.

12) El apartado a) del proyecto de artículo 4 hace referencia a la adopción por el Estado de medidas legislativas, administrativas, judiciales u otras medidas preventivas apropiadas eficaces, “en todo territorio que esté bajo su jurisdicción”. Esa fórmula, que se emplea en diversas disposiciones del proyecto de artículos, abarca tanto el territorio de un Estado como 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 Namibia²⁴⁷.

13) En segundo lugar, de conformidad con el apartado b) del proyecto de artículo 4, los Estados tienen la obligación de establecer ciertas formas de cooperación con otros Estados, organizaciones intergubernamentales pertinentes y, según proceda, otras organizaciones. 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 Unidas, 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”.

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”).

²⁴⁶ Es posible que ya existan programas de formación o divulgación en relación con el derecho internacional humanitario y la necesidad de prevenir la comisión de crímenes de guerra. El artículo 1 común a los Convenios de Ginebra de 1949 obliga a las Altas Partes Contratantes a “respetar y hacer respetar” las normas del derecho internacional humanitario, lo que puede haber alentado el establecimiento de tales programas. Véase CICR, *Commentary on the First Geneva Convention*, 2016, párrs. 145 y 146, 150, 154, 164 y 178 (sobre el artículo 1 común). Además, el artículo 49 del Convenio de Ginebra I (una disposición común a los demás Convenios) también impone la obligación de tomar medidas legislativas para determinar sanciones penales adecuadas y reprimir los actos contrarios al instrumento. Véase *ibid.*, párrs. 2842, 2855 y 2896 (sobre el artículo 49).

²⁴⁷ *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, párr. 12) del comentario al art. 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”).

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”²⁴⁸.

14) Así pues, en el apartado b) 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 y el mandato de la organización, de la relación jurídica 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, como los componentes del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, en el marco de sus respectivos mandatos²⁴⁹. 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.

Artículo 5 **No devolución**

1. Ningún Estado procederá a la expulsión, devolución, entrega o extradición de una persona a 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 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 otro Estado cuando haya motivos fundados para creer que estaría en peligro de

²⁴⁸ 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.

²⁴⁹ El Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (el Movimiento) está integrado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y 191 Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. De conformidad con sus respectivos mandatos, enunciados, por ejemplo, en los Estatutos del Movimiento, sus componentes asumen diferentes funciones para garantizar el respeto del derecho internacional humanitario, como la prevención de su incumplimiento, que también puede incluir los crímenes de lesa humanidad. Los límites de la participación del Movimiento en la prevención de los crímenes internacionales se encuentran en los Principios Fundamentales del Movimiento, en particular el de neutralidad. Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, aprobados por la XXV Conferencia Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1986, y modificados en 1995 y en 2006, preámbulo, que pueden consultarse en <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/statutes-es-a5.pdf>. De conformidad con ese principio, los componentes del Movimiento se abstienen de tomar parte o involucrarse en las investigaciones y enjuiciamientos relacionados con esos crímenes, así como de contribuir a ellos, ya que puede percibirse que apoyan a una parte en detrimento de otra o que intervienen en controversias de orden político, racial, religioso e ideológico. Véase, en general, www.icrc.org/es/quienes-somos/movimiento.

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 se vean expuestas a ser víctimas de crímenes de lesa humanidad.

2) En términos generales, el principio de no devolución obliga al Estado a no devolver o trasladar de otro modo a una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estará en peligro de ser perseguida o sufrir algún otro daño concreto. El párrafo 1 se refiere a ese traslado “a otro Estado” y no “a un territorio bajo la jurisdicción de otro Estado” a fin de abarcar las situaciones en que la persona pasa del control de un Estado al de otro, aunque suceda dentro del mismo territorio o fuera de un territorio (por ejemplo, en la alta mar o en el espacio aéreo de esta). El principio se incorporó a diversos tratados en el siglo XX, incluido el Convenio de Ginebra IV, de 1949²⁵⁰, 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 1951²⁵¹. Otras convenciones e instrumentos²⁵² que se ocupan de la cuestión de los 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 1969²⁵³, han incorporado este principio.

3) El principio también se ha aplicado con respecto a todos los extranjeros (no solo los refugiados) en diversos instrumentos²⁵⁴ y tratados, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969²⁵⁵, y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981²⁵⁶. De hecho, el principio se abordó en ese sentido más amplio en el proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros, de 2014²⁵⁷. 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 1966²⁵⁸, y en el artículo 3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales,

²⁵⁰ Convenio de Ginebra IV, art. 45. El CICR interpreta el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra en el sentido de que incluye implícitamente una obligación de no devolución. CICR, *Commentary on the First Geneva Convention*, 2016, párrs. 708 a 716 sobre el artículo 3 común.

²⁵¹ 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 peligran por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”).

²⁵² 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.

²⁵³ 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.

²⁵⁴ Véanse, por ejemplo, Declaración sobre el Asilo Territorial, resolución 2312 (XXII) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1967 (A/6716), art. 3; 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.

²⁵⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 22, párr. 8.

²⁵⁶ Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (“Carta de Banjul”), art. 12, párr. 3.

²⁵⁷ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10)*, párr. 44, art. 23, párr. 1, del proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros (“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”).

²⁵⁸ 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 parte 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”).

de 1950²⁵⁹, 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 11, 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.

5) Esta disposición tomó como modelo la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951, pero agregó el elemento adicional de la extradición para incluir otra posible manera de trasladar físicamente a una persona a otro Estado²⁶⁰. 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) 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, esa obligación se entiende sin perjuicio de otras obligaciones de no devolución derivadas de tratados o del derecho internacional consuetudinario. De hecho, las obligaciones de los Estados que figuran en todos los tratados pertinentes siguen siendo de aplicación de conformidad con sus disposiciones.

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. La expresión “motivos fundados” ha sido abordada por diversos órganos de expertos creados en virtud de tratados y por cortes y 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 “razones fundadas” siempre que el riesgo de tortura sea

²⁵⁹ 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, ECHR 1996-V, párr. 80.

²⁶⁰ 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*, C 364, de 18 de diciembre de 2000, 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”).

“previsible, personal, presente y real”²⁶¹. También ha explicado que “[l]as autoridades administrativas y/o judiciales competentes del Estado parte deben examinar cada caso de manera individual, imparcial e independiente, respetando las salvaguardias procesales fundamentales”²⁶².

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 posteriormente trasladada”²⁶³. 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 expulsión²⁶⁴. 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”²⁶⁵.

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 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 1950²⁶⁶. Al aplicar este criterio legal, los Estados han de examinar las “consecuencias previsibles” de enviar a una persona al país receptor²⁶⁷. Aunque la “mera posibilidad” de malos tratos no es suficiente, no es necesario, según el Tribunal Europeo, demostrar que existe una “probabilidad alta”²⁶⁸. El Tribunal Europeo ha hecho hincapié en que la evaluación de las pruebas de un riesgo

²⁶¹ Comité contra la Tortura, observación general núm. 4 (2017), relativa a la aplicación del artículo 3 de la Convención en el contexto del artículo 22 (CAT/C/GC/4), párr. 11. Para consultar comunicaciones pertinentes, véanse 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; *Subakaran R. Thirugnanasampanthar c. Australia*, comunicación núm. 614/2014, decisión adoptada el 9 de agosto de 2017 (CAT/C/61/D/614/2014), párr. 8.3.

²⁶² Comité contra la Tortura, observación general núm. 4, párr. 13.

²⁶³ Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 31, párr. 12. Véase también Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 36 (2018) sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a la vida (CCPR/C/GC/36) [esta observación general aún no se ha publicado, por lo que las citas y los números de párrafo pueden sufrir cambios en la versión final].

²⁶⁴ 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.

²⁶⁵ 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.

²⁶⁶ 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* (nota 259 *supra*), párr. 74.

²⁶⁷ Véase, por ejemplo, *Saadi v. Italia*, demanda núm. 37201/06, sentencia de 28 de febrero de 2008, Gran Sala, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ECHR 2008-II, párr. 130.

²⁶⁸ *Ibid.*, párrs. 131 y 140.

real ha de ser “rigurosa”²⁶⁹. 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”²⁷⁰, si bien puede tenerse en cuenta información que salga a la luz posteriormente²⁷¹.

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 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 pertinentes en la evaluación general de si, en efecto, existía un riesgo real de malos tratos prohibidos”²⁷². 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 detallada “no exhaustiva de ejemplos de situaciones de derechos humanos que pueden constituir un indicio de riesgo de tortura, las cuales deben tener en cuenta al adoptar decisiones sobre la expulsión de una persona de su territorio y sobre la aplicación del principio de no devolución”²⁷³. Al valorar si es apropiado que los Estados acepten las garantías ofrecidas por otros Estados²⁷⁴, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene en cuenta factores tales como si las garantías son concretas o generales y vagas²⁷⁵, si el cumplimiento de las garantías puede verificarse objetivamente mediante mecanismos diplomáticos u otros mecanismos de vigilancia²⁷⁶, y si existe un sistema efectivo de protección contra los casos de incumplimiento en el Estado receptor²⁷⁷.

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 seguridad²⁷⁸. No obstante, desde entonces, los tratados no han recogido esas excepciones, y entienden que la obligación tiene

²⁶⁹ *Ibid.*, párr. 128.

²⁷⁰ *Ibid.*, párr. 133.

²⁷¹ 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, ECHR 2012-VI, párr. 214.

²⁷² *Maksudov c. Kirguistán* (véase la nota 265 *supra*), párr. 12.4.

²⁷³ Comité contra la Tortura, observación general núm. 4, párr. 29.

²⁷⁴ *Ibid.*, párr. 20 (“El Comité considera que las garantías diplomáticas ofrecidas por un Estado parte en la Convención al que se vaya a expulsar a una persona no se deben utilizar como resquicio para evitar la aplicación del principio de no devolución, establecido en el artículo 3 de la Convención, cuando haya razones fundadas para creer que la persona estaría en peligro de ser sometida a tortura en ese Estado”).

²⁷⁵ Véase, por ejemplo, *Saadi v. Italia* (nota 267 *supra*), párrs. 147 y 148.

²⁷⁶ Véase, por ejemplo, *Chentiev and Ibragimov v. Slovakia*, demandas núms. 21022/08 y 51946/08, decisión sobre la admisibilidad de 14 de septiembre de 2010, Cuarta Sección, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

²⁷⁷ Véase, por ejemplo, *Soldatenko v. Ukraine*, demanda núm. 2440/07, sentencia de 23 de octubre de 2008, Quinta Sección, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, párr. 73. Entre otros factores que el Tribunal podría tener en cuenta, figuran los siguientes: si las condiciones de las garantías se comunican al Tribunal; quién ha ofrecido las garantías y si estas pueden obligar al Estado receptor; en caso de que las garantías fueran emitidas por el Gobierno central de un Estado, si cabe esperar que las autoridades locales las respeten; si las garantías se refieren a un trato legal o ilegal en el Estado receptor; la duración y solidez de las relaciones bilaterales entre el Estado de origen y el Estado receptor; si la persona ha sido previamente maltratada en el Estado receptor, y si la fiabilidad de las garantías ha sido examinada por las cortes o tribunales nacionales del Estado de origen. *Othman (Abu Qatada) v. United Kingdom*, demanda núm. 8139/09, sentencia de 17 de enero de 2012, Cuarta Sección, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ECHR 2012 (fragmentos), párr. 189.

²⁷⁸ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, art. 33, párr. 2.

carácter absoluto²⁷⁹. La Comisión consideró apropiado que el proyecto de artículo 5 no recogiera esa excepción.

Artículo 6 **Criminalización en el derecho interno**

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 los mandos y otros superiores sean penalmente responsables por los crímenes de lesa humanidad cometidos por sus subordinados cuando hubieren sabido o hubieren debido saber que los subordinados se proponían cometer o estaban cometiendo esos crímenes y no hubieren adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir su comisión o, en caso de que tales crímenes hubiesen sido cometidos, para castigar a las personas responsables.

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 derecho interno, 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 ha de adoptar para que en su derecho penal estén tipificados los crímenes de lesa humanidad, no se

²⁷⁹ Véanse, por ejemplo, *Maksudov c. Kirguistán* (nota 265 *supra*), párr. 12.4; *Othman (Abu Qatada) v. United Kingdom* (nota 277 *supra*), 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.

invoquen como eximente determinadas circunstancias o la prescripción de los crímenes, y se prevean penas apropiadas proporcionales a la gravedad de esos crímenes. Este tipo de medidas son esenciales para el funcionamiento adecuado de los proyectos de artículo que le siguen, 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 interno

2) El párrafo 1 del proyecto de artículo 6 establece que todo Estado “adoptará las medidas necesarias para que estén tipificados en su derecho penal los crímenes de lesa humanidad”. El Tribunal Militar Internacional de Núremberg reconoció la importancia de castigar a las personas por, entre otros, los crímenes de lesa humanidad cuando declaró que “[l]os crímenes que contravienen el derecho internacional son cometidos por personas físicas, no por entidades abstractas, y solo castigando a las personas que cometen esos crímenes se pueden hacer cumplir las disposiciones del derecho internacional”²⁸⁰. Los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg, elaborados por la Comisión en 1950, establecían que “[t]oda persona que cometa un acto que constituya crimen según el derecho internacional es responsable del mismo y será objeto de castigo”²⁸¹. 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 legislación sobre los crímenes de lesa humanidad que prevé el enjuiciamiento de esos crímenes en su ordenamiento interno. El Estatuto de Roma de 1998, en particular, ha inspirado la promulgación o revisión de una serie de disposiciones legislativas 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 legislación nacional que difiere, 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 legislación penal nacional que castiga 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 violación. 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 respecto de la gravedad del delito²⁸².

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”²⁸³. El Comité contra la Tortura ha destacado la importancia de cumplir dicha obligación a fin de

²⁸⁰ Sentencia de 30 de septiembre de 1946 (véase la nota 92 *supra*), pág. 466.

²⁸¹ *Yearbook... 1950*, vol. II, documento A/1316, tercera parte, pág. 374, párr. 97 (principio 1).

²⁸² Véase *Prosecutor v. Simone 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, párrs. 63 a 72. (donde se determinó que el enjuiciamiento por delitos comunes tipificados en el ordenamiento interno no se refería en esencia al mismo comportamiento examinado en relación con presuntos crímenes de lesa humanidad de asesinato, violación, persecución y otros actos inhumanos).

²⁸³ Convención contra la Tortura, art. 4, párr. 1.

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 Estado²⁸⁴.

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. A continuación, 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 crímenes.

6) Atendiendo a la definición de “crímenes de lesa humanidad” que figura en el proyecto de artículo 2, párrafos 1 y 2, 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 formulaciones que se aparten del texto exacto del proyecto de artículo 2, párrafos 1 y 2, para tener en cuenta cuestiones terminológicas o de otra índole propias de cada Estado, esas diferencias 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 2, párrafos 1 y 2. No obstante, la expresión “crímenes de lesa humanidad” empleada en el proyecto de artículo 6 (y en otros proyectos de artículo) no incluye la cláusula “sin perjuicio” que figura en el proyecto de artículo 2, párrafo 3. Si bien esa cláusula reconoce la posibilidad de incluir una definición más amplia de “crímenes de lesa humanidad” en cualquier instrumento internacional, en el derecho internacional consuetudinario o en el derecho interno, la definición de “crímenes de lesa humanidad” se limita al proyecto de artículo 2, párrafos 1 y 2.

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 parte 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 varía²⁸⁵. Algunos tratados, como

²⁸⁴ Véase Comité contra la Tortura, observación general núm. 2 (2007), párr. 9. 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 parte en virtud del artículo 19 de la Convención, Eslovenia, párr. 115 a), y Bélgica, párr. 130.

²⁸⁵ Véanse, por ejemplo, Convención contra la Tortura, art. 4; 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 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. 1; 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 (OUA) 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.

la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948²⁸⁶, y los Convenios de Ginebra de 1949²⁸⁷, 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.

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 la legislación nacional 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 interno, comisión “directa”, “perpetración” del acto o autoría “principal” en la comisión del acto). Por ejemplo, en el artículo 6 del Estatuto de Núremberg 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 Penal Internacional para la ex-Yugoslavia²⁸⁸ y el Tribunal Penal Internacional para Rwanda²⁸⁹ establecen que una persona que haya “cometido” crímenes de lesa humanidad “será individualmente responsable de ese crimen”. El Estatuto de Roma de 1998 estipula 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”²⁹⁰. Asimismo, los instrumentos que regulan el Tribunal Especial para Sierra Leona²⁹¹, las Salas Especiales de Delitos Graves de Timor Oriental²⁹², las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya²⁹³, el Tribunal Penal Supremo del Iraq²⁹⁴

²⁸⁶ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, art. V.

²⁸⁷ 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 CICR, *Commentary on the First Geneva Convention*, 2016, párr. 896 (sobre el artículo 3 común, relativo a los conflictos no internacionales) y párrs. 2838 a 2846 (sobre el artículo 49, relativo a las sanciones penales). Véase también Protocolo adicional I, arts. 85 y 86, párr. 1.

²⁸⁸ Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, art. 7, párr. 1.

²⁸⁹ Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, art. 6, párr. 1.

²⁹⁰ Véase Estatuto de Roma, art. 25, párrs. 2 y 3 a).

²⁹¹ Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, art. 6.

²⁹² 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. 14.3 a) (2000) (en adelante, “Estatuto del Tribunal para Timor Oriental”).

²⁹³ Ley de las Salas Especiales de Camboya, art. 29. 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.

²⁹⁴ Estatuto del Tribunal Especial del Iraq, *International Legal Materials*, vol. 43 (2004), pág. 231, art. 15 (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).

y las Salas Africanas Extraordinarias del sistema judicial senegalés²⁹⁵ establecen la responsabilidad penal de quien “cometa” crímenes de lesa humanidad. La legislación nacional que se ocupa de los crímenes de lesa humanidad tipifica invariablemente la “comisión” de esos crímenes. En los tratados sobre otros tipos de delitos también se exhorta a los Estados parte 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 genocidio²⁹⁶, mientras que los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo adicional I exhortan a los Estados parte a tomar todas las medidas legislativas oportunas para determinar sanciones penales adecuadas que se han de aplicar a las personas “que hayan cometido” alguna de las infracciones graves de esos tratados²⁹⁷. A la luz de lo anterior, el párrafo 2 a) requiere que todo Estado adopte las medidas necesarias para que “la comisión de un crimen de lesa humanidad” esté tipificada en su derecho penal.

10) En segundo lugar, en casi 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 de “tentativa”. Los Estatutos del Tribunal Penal 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 consuma²⁹⁸. En la causa *Banda y Jerbo*, una Sala de Cuestiones Preliminares afirmó que, para que existiera responsabilidad penal por 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 circunstancias ajenas a su control”²⁹⁹. Teniendo esto en cuenta, el párrafo 2 b) requiere que todo Estado adopte las medidas necesarias para que “la tentativa de comisión” de un crimen de lesa humanidad esté tipificada en su derecho penal.

11) En tercer lugar, todas esas jurisdicciones nacionales o internacionales, en un grado u otro, también atribuyen responsabilidad penal a quienes participan en el delito en forma de 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”, “planificar” o “asociarse para delinquir”. Así, el Estatuto del Tribunal Penal 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”³⁰⁰. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda utiliza términos prácticamente idénticos³⁰¹. Ambos Tribunales han condenado a acusados por su participación en tales

²⁹⁵ 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 (2013), pág. 1028, arts. 4 b), 6 y 10.2 (2013) (en adelante, “Estatuto de las Salas Africanas Extraordinarias”).

²⁹⁶ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, arts. III a) y IV.

²⁹⁷ 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 también Protocolo adicional I, arts. 11 y 85.

²⁹⁸ Estatuto de Roma, art. 25, párr. 3 f).

²⁹⁹ *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, causa núm. ICC-02/05-03/09, *Corrigendum of the “Decision on the confirmation of charges”*, 7 de marzo de 2011, Sala de Cuestiones Preliminares I, Corte Penal Internacional, párr. 96.

³⁰⁰ Estatuto del Tribunal Penal 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 (nota 152 *supra*) (donde se afirmó que “la noción de propósito común como forma de responsabilidad en calidad de cómplice está firmemente arraigada en el derecho internacional consuetudinario”).

³⁰¹ Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, art. 6, párr. 1.

delitos dentro de sus respectivas jurisdicciones³⁰². Del mismo modo, los instrumentos que regulan el Tribunal Especial para Sierra Leona³⁰³, las Salas Especiales de Delitos Graves de Timor Oriental³⁰⁴, las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya³⁰⁵, el Tribunal Penal Supremo del Iraq³⁰⁶ y las Salas Africanas Extraordinarias del sistema judicial senegalés³⁰⁷ establecen 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 sujeción a ciertas condiciones³⁰⁸. A fin de que los ordenamientos jurídicos nacionales pudieran recojan esa responsabilidad accesoria de manera compatible con su legislación penal, la Comisión decidió utilizar una versión simplificada de los distintos términos incluidos en el Estatuto de Roma de 1998 como base de los términos empleados en el párrafo 2 c) del proyecto de artículo 6.

13) La Comisión se planteó la posibilidad de hacer referencia expresa a la “conspiración” o la “incitación” en el párrafo 2 del artículo 6. La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948, no solo se ocupa de la comisión de genocidio, sino también de la “asociación para cometer genocidio” y la “instigación directa y pública a cometer genocidio”³⁰⁹. La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, de 1968, 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”³¹⁰. La Comisión se refirió expresamente a la “incitación” y la “confabulación” en su proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996, pero solo respecto de casos en que el “crimen [...] llegue a perpetrarse”³¹¹. El Estatuto de Roma no hace referencia ni a la “conspiración” ni a la “incitación” en relación con los crímenes de lesa humanidad, un enfoque que la Comisión ha decidido seguir en el presente proyecto de artículos. El Estatuto de Roma sí hace alusión a la incitación directa y pública a la comisión de genocidio³¹², pero los

³⁰² Véase, por ejemplo, *Prosecutor v. Anto Furundžija*, causa núm. IT-95-17/1-T, fallo, 10 de diciembre de 1998, Sala de Primera Instancia II, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Judicial Reports 1998*, párr. 246 (donde se señala que “si [el acusado] es consciente de que es probable que se cometa alguno de los crímenes, y de hecho se comete, se entenderá que aquel ha tenido la intención de facilitar la comisión de ese crimen y es culpable en calidad de cómplice”).

³⁰³ Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, art. 6, párr. 1.

³⁰⁴ Estatuto del Tribunal para Timor Oriental, art. 14.

³⁰⁵ Ley de las Salas Especiales de Camboya, art. 29.

³⁰⁶ Estatuto del Tribunal Penal Supremo del Iraq, art. 15.

³⁰⁷ Estatuto de las Salas Africanas Extraordinarias, art. 10.2.

³⁰⁸ Estatuto de Roma, art. 25, párr. 3 a) a d).

³⁰⁹ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, art. III b) y c).

³¹⁰ Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, art. 2.

³¹¹ Véase el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, *Anuario..., 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 21, párr. 50, art. 2, párr. 3 e) (será responsable de un crimen el que “[h]aya participado directamente en el plan o confabulación para cometer tal crimen y este llegue a perpetrarse”); *ibid.*, art. 2, párr. 3 f) (será responsable de un crimen el que “[h]aya incitado directa y públicamente a otro a cometer tal crimen y este llegue a perpetrarse”).

³¹² Véase el Estatuto de Roma, art. 25, para. 3 e) (en relación con el artículo 6). Del mismo modo, los instrumentos constitutivos del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (Estatuto, art. 4), el Tribunal Penal Internacional para Rwanda (Estatuto, art. 2) y las Salas con Jurisdicción Exclusiva sobre Delitos Graves para Timor Oriental (Estatuto del Tribunal para Timor Oriental, art. 14 e))

antecedentes de las negociaciones al respecto indican que los Estados decidieron conscientemente no incluir en el Estatuto de Roma la incitación directa y pública a la comisión de un crimen de lesa humanidad³¹³. El párrafo 2 no recoge el concepto de incitación como delito no consumado o inacabado (es decir, un delito que puede tener lugar aunque el crimen no se consume, como la “tentativa” del párrafo 2 b)). Al mismo tiempo, los diversos términos que figuran en el párrafo 2 c) engloban el concepto de incitación a la comisión de un crimen de lesa humanidad cuando éste llega a perpetrarse.

14) En esos diversos instrumentos, el concepto de “ordenar” la comisión del crimen difiere del concepto de responsabilidad del “mando” 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 mando 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 hubiera debido saber que los subordinados se proponían cometer tales actos, o que los habían cometido ya, y no tomó las medidas necesarias y razonables a su disposición para impedir esos actos o castigar a los autores.

15) Como cuestión general, los tratados que se ocupan del establecimiento y el ejercicio de la competencia nacional respecto de crímenes distintos de los crímenes de lesa humanidad suelen establecer la responsabilidad penal de las personas utilizando una terminología amplia para que los Estados no se vean obligados a modificar terminología o modalidades por las que hayan optado que estén arraigadas en su derecho penal interno. En otras palabras, esos tratados utilizan términos generales en lugar de una formulación precisa, lo que permite a los Estados fijar los límites exactos de la responsabilidad penal teniendo presentes la legislación, la jurisprudencia y la tradición jurídica existentes en el país. 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 parte 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”³¹⁴. El texto del párrafo 2 del proyecto de artículo 6 sigue un planteamiento similar.

Responsabilidad de los mandos u otros superiores

16) El párrafo 3 del proyecto de artículo 6 trata la cuestión de la responsabilidad de los mandos 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 no haya adoptado medidas 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 mandos u otros superiores militares por los delitos cometidos por sus subordinados en determinadas circunstancias³¹⁵. En particular, los Tribunales de Núremberg y Tokio recurrieron a la responsabilidad de los mandos para hacer referencia tanto a los militares como a los civiles, enfoque que influyó en cortes y

tipifican el delito de incitación directa y pública a la comisión de un delito de genocidio, pero solo la inducción o instigación a la comisión de un crimen de lesa humanidad.

³¹³ Véase Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una corte penal internacional, proyecto de estatuto y proyecto de acta final, [A/CONF.183/2/Add.1](#), pág. 50. Véase también W. K. Timmermann, “Incitement in international criminal law”, *International Review of the Red Cross*, vol. 88 (diciembre de 2006), pág. 843 (“Durante la Conferencia Diplomática celebrada en Roma, los redactores rechazaron la sugerencia de que la disposición sobre la incitación se hiciera extensiva a los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión”).

³¹⁴ Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 6, párr. 1 a).

³¹⁵ 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.

tribunales posteriores³¹⁶. 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 con autoridad tanto militar como civil, es importante señalar que, en los juicios ante el Tribunal de Tokio, en aplicación de este principio se declaró culpables de crímenes de guerra a autoridades civiles”³¹⁷.

18) El artículo 86, párrafo 2, del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 contiene una disposición general sobre la responsabilidad de los mandos o superiores:

El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si estos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción³¹⁸.

19) El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia adoptó ese enfoque general, que dispone lo siguiente:

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 perpetraron³¹⁹.

Varios acusados fueron condenados por el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia sobre esa base³²⁰. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda está redactado en los mismos términos³²¹, y dicho Tribunal también ha impuesto condenas sobre esa base³²². Los instrumentos que regulan el Tribunal Especial para Sierra Leona³²³, el Tribunal Especial para el Líbano³²⁴, las Salas Especiales de Delitos Graves de Timor

³¹⁶ Véase *ibid.*; *International Criminal Law: International Enforcement*, M. C. Bassiouni (ed.), vol. III, 3ª ed. (Leiden, Martinus Nijhoff, 2008), pág. 461; K. J. Heller, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law* (Oxford, Oxford University Press, 2011), págs. 262 y 263.

³¹⁷ 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.

³¹⁸ Protocolo I, art. 86, párr. 2. Véase CICR, *Commentary on the First Geneva Convention*, 2016, párr. 2855 (sobre el artículo 49) (“Los mandos y otros superiores pueden ser considerados penalmente responsables de infracciones y otras violaciones graves del derecho humanitario cometidas en cumplimiento de sus órdenes. También pueden ser considerados individualmente responsables por no haber tomado medidas adecuadas para impedir que sus subordinados cometan tales violaciones o, si ya se hubieran cometido, por no haber castigado a las personas responsables. Es esencial que el derecho interno prevea un castigo efectivo para los mandos o superiores a fin de que el sistema de represión sea eficaz durante un conflicto armado”). Esta norma también existe en otros tratados que se ocupan de delitos. Véase, por ejemplo, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 6, párr. 1 b).

³¹⁹ Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, art. 7, párr. 3.

³²⁰ 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 Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Judicial Supplement No. 6*, junio/julio de 1999, párrs. 66 a 81 y 90 a 118; *Prosecutor v. Zejnil Delalić et al.*, causa núm. IT-96-21-T, fallo, 16 de noviembre de 1998, Sala de Primera Instancia, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, párrs. 330 a 400 y 605 a 775.

³²¹ Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, art. 6, párr. 3.

³²² Véase, por ejemplo, *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, párr. 40.

³²³ Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, art. 6, párr. 3.

³²⁴ 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.

Oriental³²⁵, las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya³²⁶, el Tribunal Penal Supremo del Iraq³²⁷ y las Salas Africanas Extraordinarias del sistema judicial senegalés³²⁸ están redactados en términos similares.

20) El artículo 28 del Estatuto de Roma de 1998 contiene una norma más detallada que prevé la imputación de responsabilidad penal al jefe militar, o a quien actúe efectivamente como jefe militar, por los actos de otras personas³²⁹. 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 enjuiciamiento³³⁰. El artículo 28 también aborda la cuestión de las “relaciones entre superior y subordinado” en un contexto civil o no militar³³¹. Entre esos superiores figuran los civiles que “dirigen” actividades militares pero no “participan” en ellas.

21) La legislación y los manuales militares nacionales también establecen a menudo este tipo de responsabilidad penal respecto de los crímenes de guerra y en ocasiones respecto del genocidio y los crímenes de lesa humanidad, influidos por las obligaciones de los tratados y en respuesta a llamamientos de los órganos internacionales pertinentes³³². Sobre la base de un análisis detallado de la práctica de los Estados, así como de la jurisprudencia internacional y nacional, un estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario llevado a cabo en 2005 formuló la siguiente norma general con respecto a los crímenes de guerra:

Los mandos y otros superiores son penalmente responsables de los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados cuando hubieren sabido o hubieren debido saber que los subordinados se proponían cometer o estaban cometiendo esos crímenes y no hubieren adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir su comisión o, en caso de que tales crímenes hubiesen sido cometidos, para castigar a las personas responsables³³³.

³²⁵ Estatuto del Tribunal para Timor Oriental, art. 16.

³²⁶ Ley de las Salas Especiales de Camboya, art. 29.

³²⁷ Estatuto del Tribunal Penal Supremo del Iraq, art. 15 d).

³²⁸ Estatuto de las Salas Africanas Extraordinarias, art. 10, párr. 4.

³²⁹ Estatuto de Roma, art. 28 a). Véase, por ejemplo, *Kordić*, fallo, 26 de febrero de 2001 (nota 81 *supra*), párr. 369.

³³⁰ Una Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional siguió ese criterio en 2018 al anular la condena contra Jean-Pierre Bemba Gombo por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares III en 2016. La Sala de Cuestiones Preliminares entendió que el Sr. Bemba actuaba efectivamente como jefe militar y tenía conocimiento de que las fuerzas del Movimiento para la Liberación del Congo (MLC) bajo su autoridad y control efectivos estaban cometiendo o se proponían cometer los crímenes imputados. *Bemba*, sentencia, 21 de marzo de 2016 (véase la nota 44 *supra*), párrs. 697 y 700. Sin embargo, la Sala de Apelaciones llegó a la conclusión de que la Sala de Primera Instancia había cometido graves errores al determinar que el Sr. Bemba no había adoptado todas las medidas necesarias y razonables para impedir o reprimir la comisión de crímenes por las fuerzas del MLC durante las operaciones militares llevadas a cabo en 2002 y 2003 en la República Centroafricana. *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, causa núm. ICC-01/05-01/08, sentencia del recurso de apelación presentado por el Sr. Jean-Pierre Bemba Gombo contra la Sala de Cuestiones Preliminares III “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, 8 de junio de 2018, Sala de Apelaciones, Corte Penal Internacional, párrs. 170 a 173 y 189 a 194.

³³¹ Estatuto de Roma, art. 28 b).

³³² 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”).

³³³ J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. 1: *Rules*, Cambridge University Press, 2005, págs. 558 a 563 (norma 153).

22) El párrafo 3 del proyecto de artículo 6 emplea una fórmula similar con objeto de expresar una norma general para abordar la responsabilidad de los mandos o superiores en el contexto de los crímenes de lesa humanidad. Si bien podría optarse por una norma más detallada, en términos generales el proyecto de artículo 6 en su conjunto trata de no ser excesivamente prescriptivo y permite que los Estados cumplan sus obligaciones internacionales teniendo en cuenta la legislación, la práctica y la jurisprudencia nacionales existentes. No obstante, que se proceda de ese modo en relación con el párrafo 3 no impide que un Estado adopte una norma más detallada en su derecho interno, como la que figura en el artículo 28 del Estatuto de Roma, si así lo desea.

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 alguno 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 se ocupan de 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 actuara 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 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 se ocupan de 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 delito³³⁴. El artículo 8 del Estatuto de Núremberg 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 “un soldado recibiera la orden de matar o torturar en vulneración del derecho internacional de la guerra jamás ha sido admitido como eximente para tales actos de brutalidad”³³⁵. 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”³³⁶.

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 eximente³³⁷. Los instrumentos que

³³⁴ 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”).

³³⁵ *Judgment of 30 September* (véase la nota 92 *supra*), pág. 466.

³³⁶ Estatuto de Tokio, art. 6.

³³⁷ Estatuto de Roma, art. 33 (no estarán exentas de responsabilidad las órdenes manifiestamente ilícitas y, “[a] los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes

regulan el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia³³⁸, el Tribunal Penal Internacional para Rwanda³³⁹, el Tribunal Especial para Sierra Leona³⁴⁰, el Tribunal Especial para el Líbano³⁴¹, las Salas Especiales de Delitos Graves de Timor Oriental³⁴², las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya³⁴³, el Tribunal Penal Supremo del Iraq³⁴⁴ y las Salas Africanas Extraordinarias del sistema judicial senegalés³⁴⁵ excluyen todos ellos de manera análoga las órdenes de superiores como eximente en relación con los crímenes de lesa humanidad. Si bien no se aceptan las órdenes de superiores como causa de inimputabilidad, 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 pena³⁴⁶.

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 Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984³⁴⁷; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, de 1985³⁴⁸; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de 1994³⁴⁹, y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 2006³⁵⁰. 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 respecto³⁵¹. En algunos casos, se plantea

de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas”). En relación con la aplicación de eximentes respecto de los crímenes de guerra, véase CICR, *Commentary on the First Geneva Convention*, 2016, párr. 2856 (sobre el artículo 49) (“[e]stá ampliamente aceptado que obedecer la orden de un superior no eximirá al subordinado de responsabilidad penal cuando este supiera que el acto ordenado era ilícito o debiera haberlo sabido dada la naturaleza manifiestamente ilícita del acto. Un corolario de esta norma es que todo combatiente tiene el deber de desobedecer una orden manifiestamente ilícita. No obstante, el hecho de que el crimen de guerra se cometiera como resultado de las órdenes de un superior se ha tenido en cuenta como factor atenuante de la pena”).

³³⁸ Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, art. 7, párr. 4.

³³⁹ Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, art. 6, párr. 4.

³⁴⁰ Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, art. 6, párr. 4.

³⁴¹ Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano, art. 3, párr. 3.

³⁴² Estatuto del Tribunal para Timor Oriental, art. 21.

³⁴³ Ley de las Salas Especiales de Camboya, art. 29.

³⁴⁴ Estatuto del Tribunal Penal Supremo del Iraq, art. 15 e).

³⁴⁵ Estatuto de las Salas Africanas Extraordinarias, art. 10, párr. 5.

³⁴⁶ Véanse, por ejemplo, Estatuto del Tribunal Penal 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. Véanse, en particular, *Prosecutor v. Darko Mrđa*, causa núm. IT-02-59-S, fallo condenatorio, 31 de marzo de 2004, Sala de Primera Instancia, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, párrs. 65 y 67.

³⁴⁷ 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”).

³⁴⁸ 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”).

³⁴⁹ 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”).

³⁵⁰ 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 periodos 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 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.

³⁵¹ Informe del Comité contra la Tortura, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer periodo de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/61/44)*, cap. III, examen de los informes presentados por los Estados parte en virtud del artículo 19 de la Convención, Guatemala, párr. 32 13).

el problema de la existencia en el derecho interno de un Estado de lo que se denomina eximente de “obediencia debida”³⁵².

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 las cortes y tribunales penales internacionales es un principio bien establecido del derecho internacional. Según el Estatuto de Núremberg: “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”³⁵³. Los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg de la Comisión, de 1950, establecen que “[e]l hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya un delito según el derecho internacional [es decir, crímenes de lesa humanidad, crímenes contra la paz y crímenes de guerra] actuara como Jefe de Estado o como cargo del Gobierno no la exime de responsabilidad con arreglo al derecho internacional”³⁵⁴. 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”³⁵⁵.

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”³⁵⁶. El proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, aprobado por la Comisión en 1996, dispone 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”³⁵⁷. El Estatuto de Roma de 1998 estipula 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”³⁵⁸.

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

³⁵² 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 parte 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 parte 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).

³⁵³ Estatuto de Núremberg, art. 7.

³⁵⁴ 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, principio III. Aunque ese principio se basa en el artículo 7 del Estatuto de Núremberg, 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).

³⁵⁵ Estatuto de Tokio, art. 6.

³⁵⁶ *Yearbook... 1954*, vol. II, pág. 152, párr. 54, art. 3.

³⁵⁷ *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), cap. II, secc. D, pág. 29, art. 7.

³⁵⁸ Estatuto de Roma, art. 27, párr. 1.

gobernantes, funcionarios o particulares³⁵⁹. La Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, de 1973, dispone 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 Estado³⁶⁰”.

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 eximirlo 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 del Estado extranjero pueda gozar ante una jurisdicción penal nacional, dado que esas inmunidades siguen rigiéndose por el derecho internacional convencional y consuetudinario³⁶¹. 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 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 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. Esta disposición no obliga al Estado a enjuiciar los delitos mencionados en el proyecto de artículo que hayan tenido lugar antes de haber sido tipificados como tales en el derecho interno del Estado. Además, como se señala en el comentario al proyecto de artículo 1, si el presente proyecto de artículos sirve en última instancia de base para una convención, las obligaciones de un Estado parte en virtud de esa convención, salvo que resulte otra intención, solo se aplicarán a los actos o hechos que hayan tenido lugar, o a cualquier situación que exista, después de la entrada en vigor de la convención para ese Estado.

34) No se estableció ninguna norma sobre prescripción en relación con los crímenes internacionales, incluidos los crímenes de lesa humanidad, en los Estatutos de Núremberg o Tokio, ni tampoco en los instrumentos constitutivos del Tribunal Penal 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

³⁵⁹ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, art. IV.

³⁶⁰ Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, art. III.

³⁶¹ Véase, por ejemplo, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *Judgment, 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. Mientras que la inmunidad jurisdiccional tiene carácter procesal, la responsabilidad penal es una cuestión de derecho sustantivo”).

enero de 1933 y el 1 de julio de 1945³⁶². Asimismo, el Estatuto de Roma aborda expresamente la cuestión y establece que “[l]os crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán³⁶³. Los redactores del Estatuto apoyaron firmemente esta disposición en relación con los crímenes de lesa humanidad³⁶⁴. Del mismo modo, la Ley sobre el Establecimiento de las Salas Especiales en Camboya, el Estatuto del Tribunal Penal Supremo del Iraq y el Estatuto del Tribunal para Timor Oriental definen expresamente los crímenes de lesa humanidad como delitos que no prescriben³⁶⁵.

35) Por lo que respecta a si el enjuiciamiento de un presunto infractor ante las cortes y 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 crímenes³⁶⁶. El año siguiente, los Estados aprobaron la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, de 1968, en la que se requería que los Estados parte 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 crímenes³⁶⁷. Del mismo modo, en 1974 el Consejo de Europa aprobó el Convenio Europeo sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad y los Crímenes de Guerra, que utiliza esencialmente el mismo lenguaje³⁶⁸. 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 recoge 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 prescripción³⁶⁹. Asimismo, si bien el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966³⁷⁰, 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

³⁶² 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.

³⁶³ Estatuto de Roma, art. 29.

³⁶⁴ 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, segunda sesión (A/CONF.183/13), pág. 151, párrs. 45 a 74.

³⁶⁵ Ley de las Salas Especiales 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.

³⁶⁶ 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”, preámbulo. 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.

³⁶⁷ Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, art. IV.

³⁶⁸ Convenio Europeo sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad y los Crímenes de Guerra, art. 1.

³⁶⁹ 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 parte en virtud del artículo 19 de la Convención, Italia, párr. 40 19).

³⁷⁰ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pág. 171.

Pacto³⁷¹. La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas prevé un plazo de prescripción prolongado³⁷², al igual que la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional³⁷³ y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción³⁷⁴. La Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 2006, 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”³⁷⁵. 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 Convención³⁷⁶.

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”³⁷⁷. 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”³⁷⁸. Así pues, “aunque el acto criminal sea jurídicamente el mismo, los medios y métodos utilizados difieren, en función de los diversos grados de depravación y crueldad. Todos esos factores orientarán al tribunal al aplicar la sanción”³⁷⁹.

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

³⁷¹ 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 parte 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)).

³⁷² 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. 3, párr. 8 (“Las Partes considerarán la posibilidad de remitirse actuaciones penales para el procesamiento por los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, cuando se estime que esa remisión obrará en interés de una correcta administración de justicia”).

³⁷³ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 11, párr. 5 (“Cada Estado parte establecerá, cuando proceda, con arreglo a su derecho interno, un plazo de prescripción prolongado dentro del cual pueda iniciarse el proceso por cualquiera de los delitos comprendidos en la presente Convención y un plazo mayor cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia”).

³⁷⁴ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 29 (“Cada Estado parte establecerá, cuando proceda, con arreglo a su derecho interno, un plazo de prescripción amplio para iniciar procesos por cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención y establecerá un plazo mayor o interrumpirá la prescripción cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia”).

³⁷⁵ Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 8, párr. 1 a). Por el contrario, el artículo VII de 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.

³⁷⁶ 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), párrs. 43 a 46.

³⁷⁷ *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), cap. II, secc. D, art. 3.

³⁷⁸ *Ibid.*, párr. 3) del comentario al art. 3.

³⁷⁹ *Ibid.*

podrán variar, pero se espera que sean acordes con la gravedad del delito. El Estatuto del Tribunal Penal 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”³⁸⁰. Además, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia debe “tener en cuenta factores tales como la gravedad del delito y las circunstancias personales del condenado”³⁸¹. 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”³⁸². Incluso en el caso de las condenas por los crímenes 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”³⁸³. Hay fórmulas similares en los instrumentos que regulan el Tribunal Especial para Sierra Leona³⁸⁴, el Tribunal Especial para el Líbano³⁸⁵, las Salas Especiales de Delitos Graves de Timor Oriental³⁸⁶, el Tribunal Penal Supremo del Iraq³⁸⁷ y las Salas Africanas Extraordinarias del sistema judicial senegalés³⁸⁸. Del mismo modo, en la medida en que en una jurisdicción 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 de este.

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 del infractor y del delito de que se trate³⁸⁹. 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...”³⁹⁰. 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] una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio...”³⁹¹. 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,

³⁸⁰ Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, art. 24, párr. 1.

³⁸¹ *Ibid.*, art. 24, párr. 2.

³⁸² Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, art. 23, párr. 1.

³⁸³ Estatuto de Roma, art. 77.

³⁸⁴ Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, art. 19.

³⁸⁵ Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano, art. 24.

³⁸⁶ Estatuto del Tribunal para Timor Oriental, art. 10.

³⁸⁷ Estatuto del Tribunal Penal Supremo del Iraq, art. 24.

³⁸⁸ Estatuto de las Salas Africanas Extraordinarias, art. 24.

³⁸⁹ 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” a ese respecto); 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”).

³⁹⁰ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, art. V.

³⁹¹ 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 CICR, *Commentary on the First Geneva Convention*, 2016, párrs. 2838 a 2846 (sobre el artículo 49).

de 1973³⁹². 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 delito³⁹³. 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 1984³⁹⁴. En algunos tratados, la cuestión de la gravedad se expresa con términos como la “extrema gravedad” (*extreme seriousness*), la “gravedad” (*serious nature*) o la “extrema gravedad” (*extreme gravity*) de los delitos³⁹⁵.

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 que se ocupan de 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 otros³⁹⁶. En los Estados en que se trata de un concepto conocido, tal responsabilidad a veces existe con respecto a crímenes internacionales³⁹⁷. Por supuesto, los actos que pueden generar esa responsabilidad son cometidos por personas físicas, que actúan como funcionarios, directores o agentes o en el desempeño de algún otro cargo o en representación de la persona jurídica. Tal responsabilidad, en los Estados en que el 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 hasta el momento un lugar especialmente destacado en las cortes y tribunales penales internacionales. El Estatuto de Núremberg, en los artículos 9 y 10, autorizaba al Tribunal Militar Internacional

³⁹² 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”).

³⁹³ *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.

³⁹⁴ Convención contra la Tortura, art. 4. Véanse también Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, art. 2; 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. 5; 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 las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 11, párr. 1; Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 30, párrs. 1, 5 y 7; Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear (Nueva York, 13 de abril de 2005), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2445, núm. 44004, pág. 89, arts. 5 b) y 6; Convención de la OUA sobre la Prevención y la Lucha contra el Terrorismo, art. 2 a).

³⁹⁵ 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.

³⁹⁶ 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 corporaciones y las penas que conlleva es diversa en función de los ordenamientos jurídicos nacionales”).

³⁹⁷ 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 (que dispone, en una sección titulada “Delitos contra la humanidad”, lo siguiente: “Cuando una persona jurídica sea la responsable de cualquiera de los delitos de esta Sección, será sancionada con la extinción de la misma”).

a declarar como organización criminal, en el contexto del juicio de una persona, a cualquier grupo u organización, lo que podía conducir al enjuiciamiento de otras personas por pertenencia a la organización. Durante las actuaciones ante el Tribunal, así como en actuaciones subsiguientes iniciadas con arreglo a la Ley del Consejo de Control núm. 10, recibieron tal denominación una serie de organizaciones, si bien solo se juzgó y castigó a personas físicas³⁹⁸. El Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Rwanda no tenían competencia penal respecto de las personas jurídicas, como tampoco la tienen 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”³⁹⁹ y aunque se formularon propuestas para incluir una disposición sobre esa responsabilidad, el Estatuto no recogió, 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”⁴⁰⁰.

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 (excepto Estados) por crímenes de carácter internacional, incluidos los crímenes de lesa humanidad⁴⁰¹. 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 desacato al Tribunal⁴⁰².

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 Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, de 1973⁴⁰³; el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos

³⁹⁸ Véase, por ejemplo, *United States v. Krauch and others (The I.G. Farben Case)*, en *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals*, vols. VII y VIII (Washington D. C., Tribunales Militares de Núremberg, 1952).

³⁹⁹ Véase *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. III (A/CONF.183/13), art. 23, párr. 6, nota 71.

⁴⁰⁰ *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), cap. II, secc. D, pág. 21, art. 3.

⁴⁰¹ 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.

⁴⁰² *Al Khayat, Decision of 2 October 2014* (nota 396 *supra*), párr. 74. 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.

⁴⁰³ Véase Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, art. I, párr. 2 (“Los Estados parte en la presente Convención declaran criminales las organizaciones, las instituciones y los particulares que cometen el crimen de *apartheid*”).

Peligrosos y su Eliminación, de 1989⁴⁰⁴; el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, de 1999⁴⁰⁵; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000⁴⁰⁶; 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 2000⁴⁰⁷; la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003⁴⁰⁸; y una serie de tratados celebrados en el ámbito del Consejo de Europa⁴⁰⁹. Otros instrumentos regionales también se ocupan de esta cuestión, principalmente en relación con la corrupción⁴¹⁰. 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 los Estados en relación con otros crímenes y que les da 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. A mediados de 2019, un total de 176 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 parte 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

⁴⁰⁴ 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”).

⁴⁰⁵ 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).

⁴⁰⁶ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 10.

⁴⁰⁷ 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, art. 3, párr. 4.

⁴⁰⁸ 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, Nueva York, 2012, págs. 253 a 255, 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 *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”).

⁴⁰⁹ 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.

⁴¹⁰ Véanse, por ejemplo, Convención Interamericana contra la Corrupción (Caracas, 29 de marzo de 1996), *International Legal Materials*, vol. 35, núm. 3 (mayo de 1996), pág. 727, art. VIII; Protocolo contra la Corrupción de la Comunidad de África Meridional para el Desarrollo (Blantyre (Malawi), 14 de agosto de 2001), art. 4, párr. 2. Véase también Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción (Maputo, 11 de julio de 2003), art. 11 (que dispone que los Estados parte se comprometen a adoptar medidas legislativas y de otra índole para prevenir y combatir los actos de corrupción y los delitos conexos cometidos en el sector privado y por agentes pertenecientes a dicho sector).

artículo 3, párrafo 4, dice así: “Con sujeción a los preceptos de su legislación, los Estados parte 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 parte” 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 disposiciones en consonancia con su derecho interno. En primer lugar, las palabras “[c]on sujeción a los preceptos de su derecho interno” 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 a[1]” enfoque en materia de responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de hechos delictivos que exista en su derecho interno. 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 el derecho interno, 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 públicas⁴¹¹. 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, si es necesario demostrar el dolo de una persona física para hacer efectiva la responsabilidad de la persona jurídica, o si es necesario demostrar que una persona física concreta ha cometido el delito⁴¹².

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 derecho interno, 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 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 2000⁴¹³, y la Convención de las Naciones

⁴¹¹ Entre otros, 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”).

⁴¹² 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 (nota 402 *supra*), párrs. 63 a 67.

⁴¹³ 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 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”).

Unidas contra la Corrupción, de 2003⁴¹⁴. 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 entenderá 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 derecho interno.

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 cualquier territorio bajo su jurisdicción, ha sido cometido por uno de sus nacionales o el infractor se encuentra en cualquier territorio bajo su jurisdicción.

2) Por regla general, los instrumentos internacionales han tratado de alentar a los Estados a que establezcan en el derecho interno 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 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”⁴¹⁵. 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”⁴¹⁶. El preámbulo del Estatuto de Roma de 1998 dispone que “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad

⁴¹⁴ 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”).

⁴¹⁵ *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), cap. II, secc. D, art. 8.

⁴¹⁶ *Ibid.*, párr. 5) del comentario al art. 8.

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 abordan la aplicación en el derecho interno, 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”⁴¹⁷. 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 asunto 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 corte o tribunal internacional competente (véase el proyecto de artículo 10 *infra*).

4) Reflexionando sobre la aceptación de la obligación convencional de establecer la competencia, y en el contexto de 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 parte se aseguran de que sus ordenamientos 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 parte⁴¹⁸.

5) Hay disposiciones comparables a las que figuran en el proyecto de artículo 7 en muchos tratados que se ocupan de delitos⁴¹⁹. Aunque aún no existe ningún tratado relativo a los crímenes de lesa humanidad, los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal

⁴¹⁷ 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.

⁴¹⁸ Véase *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (nota 23 *supra*), pág. 451, párr. 75.

⁴¹⁹ 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 contra la Tortura, art. 5; Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, art. 4; Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, art. 10; Convención Interamericana sobre Desaparición 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 de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 42; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 9, párrs. 1 y 2; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, art. 12; Convención de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental sobre la Lucha contra el Terrorismo, art. VII, párrs. 1 a 3.

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 que incurrir 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 específica, no cabe dudar de que esos actos suscitan una indignación comparable a nivel internacional⁴²⁰.

6) El párrafo 1 a) del proyecto de artículo 7 requiere 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 a cualquier territorio “bajo su jurisdicción”, que, como sucede en el proyecto de artículo 4, tiene por objeto englobar tanto el territorio *de iure* del Estado como cualquier otro territorio bajo su jurisdicción. El párrafo 1 a) también requiere que el Estado establezca su competencia cuando el delito sea cometido a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado. Los Estados que aprueban legislación nacional sobre los crímenes de lesa humanidad generalmente establecen su competencia respecto de los actos que ocurren 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”⁴²¹. 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”. Puesto 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. Al tomar las “medidas necesarias” para establecer dicha competencia, los Estados deben adoptar salvaguardias procesales para asegurar su correcto ejercicio⁴²².

⁴²⁰ *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 361 *supra*), opinión disidente conjunta de los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal, párr. 51.

⁴²¹ Véase Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (Nueva York, 28 de septiembre de 1954), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 360, núm. 5158, pág. 117, art. 1 (“... el término ‘apátrida’ designará a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación”).

⁴²² A petición de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Secretario General ha elaborado un informe sobre legislación y procedimientos nacionales, titulado “Alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal”, que incluye una sección dedicada a las “Condiciones, restricciones o limitaciones para el ejercicio de la jurisdicción”. Véase [A/73/123](#) (2018), secc. II.B. Para consultar ejemplos de legislación y procedimientos nacionales a ese respecto, véase España, Ley Orgánica núm. 1/2014, art. 23, para. 5 b) 2) (en virtud del cual el delito no será perseguible en España cuando

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 el derecho interno de ese Estado. Así, a fin de preservar el derecho de los Estados parte 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 infractor⁴²³. 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:

Somos contrarios a la idea de que la lucha contra la impunidad se “delegue” en los tratados y las cortes y tribunales internacionales y de que las cortes y tribunales nacionales no tengan ninguna competencia en esas cuestiones. Se ha prestado gran atención al formular las disposiciones convencionales en la materia a no excluir la competencia por otros motivos que pueda ejercerse con carácter voluntario⁴²⁴.

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 cortes o tribunales para juzgarlo si no es extraditado*. De este modo se asegura el castigo universal de todos esos delitos, ya que se niega refugio a los infractores en todos los Estados⁴²⁵.

12) En general, en los tratados que se ocupan de delitos son varios los Estados que *establecen* su competencia respecto del delito, si bien no están obligados a *ejercerla* a menos que el presunto infractor se encuentre en un territorio bajo la jurisdicción del Estado (véanse los proyectos de artículo 9 y 10 *infra*). Cuando un presunto infractor se encuentre en él, es posible que uno o varios Estados tengan competencia respecto del delito y deseen ejercerla, en cuyo caso podrán solicitar la extradición del presunto infractor al Estado en que se encuentre. En ese caso, de conformidad con el proyecto de artículo 13, párrafo 12, el Estado en que se encuentre el presunto infractor “tomará debidamente en consideración la

se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a que se impute su comisión, a menos que el Tribunal Supremo determine que ese Estado no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o no puede realmente hacerlo); Reino Unido, Gobierno, “Note on the Investigation and Prosecution of Crimes of Universal Jurisdiction” (2018) (siempre que el inicio de actuaciones por parte del Reino Unido esté sujeto al consentimiento expreso de un alto funcionario del Gobierno, que el umbral de prueba necesario para aplicar las medidas preliminares en tales casos no sea inferior al umbral generalmente necesario en cada jurisdicción penal específica, y otras salvaguardias procesales).

⁴²³ 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”).

⁴²⁴ *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 361 *supra*), opinión disidente conjunta de los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal, párr. 51.

⁴²⁵ *Ibid.*, opinión separada del Magistrado Guillaume, párr. 9 (sin cursiva en el original).

solicitud del Estado en el territorio bajo cuya jurisdicción se haya cometido el presunto delito⁴²⁶.

Artículo 8 **Investigación**

Todo Estado velará por que las autoridades competentes procedan a una investigación pronta, exhaustiva 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, que ha de llevarse a cabo de buena fe, 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 (en cumplimiento del proyecto de artículo 3) e impedir que vuelvan a cometerse identificando su origen. La investigación debe contrastarse con una investigación preliminar de los hechos en relación 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 comparable⁴²⁷. Por ejemplo, el artículo 12 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, 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.

3) El proyecto de artículo 8 requiere que se proceda a una investigación siempre que haya “motivos razonables para creer” que se ha cometido un delito. Según el Comité contra la Tortura, esos motivos surgen cuando se presenta o pone a disposición de las autoridades competentes información pertinente, pero no es necesario que las víctimas hayan presentado una denuncia oficial ante esas autoridades⁴²⁸. 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 han de proceder inmediatamente a una investigación siempre que haya

⁴²⁶ Véase el comentario al proyecto de artículo 13 *infra*, párrs. 29) y 30) y 33) y 34).

⁴²⁷ 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; véase también Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica, art. 55, párr. 1.

⁴²⁸ Véase Comité contra la Tortura, *Encarnación Blanco Abad c. España*, comunicación núm. 59, dictamen aprobado el 14 de mayo de 1998, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/53/44)*, anexo X, secc. A.3, párr. 8.2; *Danilo Dimitrijevic c. Serbia y Montenegro*, comunicación núm. 172/2000, dictamen aprobado el 16 de noviembre de 2005, *ibid.*, *sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/61/44)*, anexo VIII, secc. A, párr. 7.3.

motivos razonables para creer que se han cometido actos de tortura o malos tratos, “sin que tenga mayor relevancia el origen de la sospecha”⁴²⁹.

4) El requisito de una investigación “pronta” significa que, en cuanto existan motivos fundados para creer que se han cometido o se están cometiendo crímenes de lesa humanidad, el Estado habrá de iniciar sin demora una investigación. En la mayoría de los casos en que el Comité contra la Tortura 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”⁴³⁰. 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 evitar⁴³¹.

5) El requisito de una investigación “exhaustiva” significa que el Estado ha de llevar a cabo una investigación en la que se adopten todas las medidas razonables de que disponga para recabar pruebas y que permita examinar dichas pruebas a fondo⁴³². La inclusión de este elemento está en consonancia con el artículo 12 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. La Asamblea General de las Naciones Unidas⁴³³, el Comité de Derechos Humanos⁴³⁴ y las cortes y tribunales regionales de derechos humanos también han hecho hincapié en la necesidad de realizar una investigación exhaustiva⁴³⁵.

6) El requisito de una investigación “imparcial” significa que los Estados han de proceder a realizar su investigación de manera seria, efectiva y justa. Esa investigación podría ser llevada a cabo por una autoridad gubernamental, pero también por otra entidad, como una comisión independiente de investigación, una comisión de la verdad y la reconciliación o una institución nacional de derechos humanos. En algunas ocasiones, el Comité contra la Tortura ha recomendado que la investigación de los delitos “esté bajo la

⁴²⁹ Véase *Dhaou Belgacem Thabti c. Túnez*, comunicación núm. 187/2001, dictamen aprobado el 14 de noviembre de 2003, *ibid.*, *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/59/44)*, anexo VII, secc. A, párr. 10.4.

⁴³⁰ *Qani Halimi-Nedzibi c. Austria*, comunicación núm. 8/1991, dictamen aprobado el 18 de noviembre de 1993, *ibid.*, *cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/49/44)*, anexo V. Véase también *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, párr. 13.5.

⁴³¹ *Encarnación Blanco Abad c. España* (véase la nota 428 *supra*), párr. 8.2.

⁴³² Véase, por ejemplo, *Barabanshchikov v. Rusia*, demanda núm. 36220/02, sentencia, 8 de enero de 2009, Primera Sección, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, párr. 54 (“exhaustivo” significa “que las autoridades siempre han de tratar seriamente de averiguar lo que sucedió y no basarse en conclusiones precipitadas o infundadas para poner fin a la investigación o como base de sus decisiones. Han de adoptar todas las medidas razonables de que dispongan para recabar pruebas relativas al incidente, como el testimonio de testigos presenciales y pruebas forenses. Cualquier deficiencia en la investigación que impida establecer la causa de las lesiones o la identidad de los responsables podrá dar lugar a un incumplimiento de esa norma”).

⁴³³ 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. 13, párr. 1.

⁴³⁴ Véanse, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 36 (2018), párrs. 28 y 58; Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 31, párr. 15; Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 6 (1982) sobre el derecho a la vida, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 40 (A/37/40)*, anexo V, párr. 4; *Bousroual c. Argelia*, comunicación núm. 992/2001, dictamen aprobado el 30 de marzo de 2006, *ibid.*, *sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 40 (A/61/40)*, vol. II, anexo V, secc. I, párrs. 9.11 y 11 (CCPR/C/86/D/992/2001); *Herrera Rubio c. Colombia*, comunicación núm. 161/1983, 2 de noviembre de 1987, *ibid.*, *cuadragésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 40 (A/43/40)*, vol. II, anexo VII, secc. B, párr. 10.3.

⁴³⁵ Véase, por ejemplo, *Kurt v. Turkey*, sentencia de 25 de mayo de 1998, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Reports of Judgments and Decisions 1998-III*, párr. 140.

vigilancia directa de jueces independientes⁴³⁶. 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”⁴³⁷. 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 verificar los registros públicos disponibles, someter a examen a los funcionarios públicos que corresponda u ordenar la exhumación de cadáveres⁴³⁸.

7) Algunos tratados que no incluyen expresamente esa obligación de investigar han sido interpretados, no obstante, en el sentido de que la incluyen implícitamente. En los Convenios de Ginebra de 1949 se pide a los Estados parte que busquen y enjuicien a los presuntos infractores. Ello se ha interpretado en el sentido de que cada Estado parte ha de prever en su legislación nacional mecanismos y procedimientos para garantizar que pueda buscar activamente a los presuntos infractores, realizar una investigación preliminar de los hechos y, cuando proceda, someter esos casos a las autoridades competentes a efectos de su enjuiciamiento⁴³⁹. Además, aunque en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, no figura ninguna obligación expresa de investigar, el Comité de Derechos Humanos ha afirmado reiteradamente que los Estados deben investigar de buena fe las infracciones del Pacto⁴⁴⁰. Los órganos regionales de derechos humanos también han interpretado sus respectivos instrumentos en el sentido de que contienen una obligación implícita de llevar a cabo una investigación⁴⁴¹.

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

⁴³⁶ 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 parte en virtud del artículo 19 de la Convención, Ecuador, párrs. 97 a 105, en especial párr. 105. Véase la resolución 2006/23 del Consejo Económico y Social, de 27 de julio de 2006, sobre el Fortalecimiento de los principios básicos de la conducta judicial, anexo (Los principios de Bangalore sobre la conducta judicial), valor 2.

⁴³⁷ Informe del Comité contra la Tortura, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/56/44)*, cap. IV, examen de los informes presentados por los Estados parte en virtud del artículo 19 de la Convención, Guatemala, párrs. 67 a 76, en especial párr. 76 d).

⁴³⁸ *Khaled Ben M'Barek c. Túnez*, comunicación núm. 60/1996, 10 de noviembre de 1999, *ibid.*, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/55/44), anexo VIII, secc. A, párrs. 11.9 y 11.10.

⁴³⁹ Véase Convenio de Ginebra I, art. 49, parr. 2; CICR, *Commentary on the First Geneva Convention*, 2016, párrs. 2859 y 2860 (sobre el artículo 49).

⁴⁴⁰ 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, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 40 (A/61/40)*, vol. II, anexo V, secc. P, párr. 8.2; *Kouidis c. Grecia*, comunicación núm. 1070/2002, dictamen aprobado el 28 de marzo de 2006, *ibid.*, secc. T, párr. 9; *Agabekov c. Uzbekistán*, comunicación núm. 1071/2002, dictamen aprobado el 16 de marzo de 2007, *ibid.*, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 40 (A/62/40), vol. II, anexo VII, secc. I, párr. 7.2; *Karimov c. Tayikistán* y *Nursatov c. Tayikistán*, comunicaciones núms. 1108/2002 y 1121/2002, dictamen aprobado el 26 de marzo de 2007, *ibid.*, secc. H, párr. 7.2.

⁴⁴¹ Véanse, por ejemplo, *Ergi v. Turkey*, sentencia de 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, ECHR 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 Vs. 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.

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 el derecho de ese Estado y se mantendrán 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.

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, cuando proceda, sus resultados a los Estados antes mencionados e indicará si se propone ejercer su competencia.

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, si considera que las circunstancias lo justifican⁴⁴², a proceder a la detención de dicha persona o tomar otras medidas legales⁴⁴³ 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, y para impedir que altere pruebas.

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 prever tal investigación preliminar para determinar si existe un delito perseguible.

3) El párrafo 3 dispone que, cuando haya detenido a una persona, el Estado también notificará inmediatamente tal detención y las circunstancias que la justifican a los Estados mencionados en el proyecto de artículo 7, párrafo 1. Además, tras realizar la investigación preliminar, el Estado comunicará sin dilación sus resultados a los Estados antes mencionados e indicará si se propone ejercer su competencia. Ello permitirá a esos otros Estados plantearse si desean ejercerla, en cuyo caso podrán solicitar la extradición. En algunas situaciones, un Estado puede no ser plenamente consciente de qué otros Estados han establecido su competencia (por ejemplo, otro Estado que haya decidido establecer su competencia respecto de una persona apátrida que resida habitualmente en su territorio); en tales casos, la viabilidad del cumplimiento de la obligación puede depender de las circunstancias. El Estado solo comunicará los resultados “cuando proceda”, lo que significa que, en algunas circunstancias, tal vez tenga que retener parte de la información obtenida, por ejemplo, para proteger la identidad de las víctimas o de testigos, o para proteger una investigación en curso. No obstante, esa retención de información habrá de hacerse de buena fe.

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

⁴⁴² Esas “circunstancias” se refieren no solo a las circunstancias de hecho relativas a la conducta previa del presunto infractor, sino también a las circunstancias de derecho (incluidas las salvaguardias procesales) relativas al ejercicio de la competencia respecto de un presunto infractor.

⁴⁴³ Véase Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio), resolución 45/110 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990, anexo; Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas No Privativas de la Libertad para las Mujeres Delincuentes (Reglas de Bangkok), resolución 65/229 de la Asamblea General, de 21 de diciembre de 2010, anexo.

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”⁴⁴⁴. 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”⁴⁴⁵. 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”⁴⁴⁶.

5) Los tratados que se ocupan de delitos suelen prever esas medidas preliminares⁴⁴⁷, como el artículo 6 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, de 1984⁴⁴⁸. 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...”⁴⁴⁹. 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”⁴⁵⁰. 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 parte”, 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”⁴⁵¹. 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 objeto y propósito de la Convención, que es hacer más eficaz la lucha contra la tortura evitando que queden impunes los autores de esos actos”⁴⁵². En cuanto al momento apropiado para realizar una investigación preliminar, la Corte determinó que el Senegal vulneró el artículo 6 cuando “no procedió inmediatamente a una investigación preliminar

⁴⁴⁴ 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.

⁴⁴⁵ 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.

⁴⁴⁶ Resolución 1894 (2009) del Consejo de Seguridad, de 11 de noviembre de 2009, párr. 10.

⁴⁴⁷ Véanse, por ejemplo, Convenio de Ginebra I, art. 49, párr. 2; CICR, *Commentary on the First Geneva Convention*, 2016, párr. 2860 (sobre el artículo 49). 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. 6; Convenio Internacional para la Represión de los Atentados 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.

⁴⁴⁸ Convención contra la Tortura, art. 6.

⁴⁴⁹ *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (véase la nota 23 *supra*), pág. 450, párr. 72.

⁴⁵⁰ *Ibid.*, pág. 453, párr. 83.

⁴⁵¹ *Ibid.*, pág. 454, párr. 86.

⁴⁵² *Ibid.*, pág. 451, párr. 74.

tan pronto como tuvo motivos para sospechar que [el presunto infractor], que se encontraba en [su] territorio, era responsable de actos de tortura⁴⁵³.

Artículo 10

Aut dedere aut iudicare

El Estado en el territorio bajo cuya jurisdicción se encuentre el presunto infractor, si no procede a la extradición o la entrega de la persona a otro Estado o a una corte o tribunal penal internacional competente, someterá el asunto a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento. 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 someter el asunto a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento. El único medio alternativo de cumplimiento de esa obligación es que el Estado extradite o entregue al presunto infractor a otro Estado o a una corte 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 Comisión⁴⁵⁴ y que figura en numerosos tratados multilaterales sobre delitos⁴⁵⁵. 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 definen los crímenes de lesa humanidad en el artículo 18 y, en el artículo 9, se dispone 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 juzgará⁴⁵⁶.”

3) La mayoría de los tratados multilaterales en que se establece esa obligación⁴⁵⁷ emplean la denominada “fórmula de La Haya”, que debe su nombre al Convenio de La

⁴⁵³ *Ibid.*, pág. 454, párr. 88.

⁴⁵⁴ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10)*, cap. VI.

⁴⁵⁵ 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).

⁴⁵⁶ *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”).

⁴⁵⁷ 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 (Estrasburgo, 27 de enero de 1977), *ibid.*, vol. 1137, núm. 17828, pág. 93, 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, art. IV; Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, art. VI; 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. XIII, párr. 6; Convención Interamericana contra la

Haya para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, de 1970⁴⁵⁸. 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 pida la extradición⁴⁵⁹. 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 policía y la fiscalía, que pueden decidir iniciar actuaciones judiciales o no hacerlo, de conformidad con los procedimientos y políticas pertinentes. Por ejemplo, si las autoridades competentes determinan que no hay pruebas suficientes de culpabilidad o que las acusaciones ya han sido investigadas en otra instancia y consideradas sin fundamento, el acusado no habrá de ser imputado, enjuiciado ni castigado⁴⁶⁰. 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”⁴⁶¹.

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 Cruelles, 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 parte. 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

Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados (Washington D. C., 14 de noviembre de 1997), art. XIX, 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, art. 5; 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, párr. 1; 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; Convención de la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental sobre la Lucha contra el Terrorismo, art. XIII, párr. 1.

⁴⁵⁸ Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, art. 7.

⁴⁵⁹ En virtud de los Convenios de Ginebra de 1949, las obligaciones de buscar, investigar y enjuiciar se enumeran antes de la posibilidad de extradición. Esas obligaciones existen independientemente de cualquier solicitud de extradición. CICR, *Commentary on the First Geneva Convention*, 2016, párr. 2859 (sobre el artículo 49).

⁴⁶⁰ 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), págs. 77 y 78.

⁴⁶¹ 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 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.

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 cortes o 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, con independencia de que exista 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. 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 proceso, según las pruebas con que se cuente en relación 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. Si bien 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 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 parte. 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 iniciar actuaciones y enjuiciarlo⁴⁶².

5) La Corte determinó también diversos factores que no podían justificar el incumplimiento de esas obligaciones: las dificultades financieras del Estado⁴⁶³, la remisión

⁴⁶² *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (véase la nota 23 *supra*), págs. 454 a 461, párrs. 90, 91, 94, 95, 114, 115 y 120.

⁴⁶³ *Ibid.*, pág. 460, párr. 112.

del asunto a una organización regional⁴⁶⁴ o y las dificultades de aplicación en el marco del derecho interno del Estado⁴⁶⁵.

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 a otro Estado. Como se ha señalado en relación con el proyecto de artículo 7, es posible que uno o más Estados hayan establecido su competencia respecto del delito y deseen ejercerla, en cuyo caso podrán solicitar la extradición del presunto infractor al Estado en que se encuentre. En ese supuesto, de conformidad con el proyecto de artículo 13, párrafo 12, el Estado en que se encuentre el presunto infractor “tomará debidamente en consideración la solicitud del Estado en el territorio bajo cuya jurisdicción se haya cometido el presunto delito”⁴⁶⁶.

7) La primera oración del proyecto de artículo 10 también reconoce que la obligación del Estado puede cumplirse extraditando o entregando al presunto infractor a una corte o tribunal penal internacional competente para enjuiciarlo. Esta alternativa ha surgido con el establecimiento de la Corte Penal Internacional y otras cortes y tribunales penales internacionales⁴⁶⁷. El término “competente” tiene dos propósitos: indica que la corte o tribunal penal internacional ha de tener competencia respecto del delito y del infractor, y que el Estado de que se trate tiene una relación jurídica con la corte o tribunal que permitiría dicha extradición o entrega. Así pues, abarca la idea expresada en algunos tratados de que esa corte o tribunal ha de ser una instancia cuya jurisdicción haya reconocido el Estado que entrega a la persona⁴⁶⁸.

8) Aunque el término “extradición” a menudo se asocia con el envío de una persona a un Estado y el término “entrega” se utiliza con frecuencia para la remisión de una persona a una corte o 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 variar⁴⁶⁹ y, por esa razón, la Comisión consideró que era preferible una formulación más general.

9) La segunda oración del proyecto de artículo 10 dispone que, cuando un Estado someta el asunto 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 asegurar que se apliquen los procedimientos y criterios establecidos para los delitos graves. Esas autoridades conservan la discrecionalidad en relación con el procesamiento que puedan tener en virtud del derecho interno, en particular para determinar si existe una base fáctica o jurídica razonable para seguir adelante con el asunto. En el contexto del Estatuto de Roma, esa discrecionalidad depende de si la información de que se dispone “constituye un fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen” y de si el enjuiciamiento de la persona “redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la

⁴⁶⁴ *Ibid.*

⁴⁶⁵ *Ibid.*, párr. 113.

⁴⁶⁶ Véase el comentario al proyecto de artículo 13 *infra*, párrs. 31) y 32).

⁴⁶⁷ Véase el informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66º período de sesiones (2014), *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 *aut dedere aut iudicare*), págs. 167 y 168, párrs. 34) et 35).

⁴⁶⁸ Véase Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 11, párr. 1.

⁴⁶⁹ 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*, 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).

edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen⁴⁷⁰. Si bien puede existir esa discrecionalidad, el Estado que se abstiene de iniciar actuaciones o que lleva a cabo un procedimiento “simulado” únicamente para proteger al presunto infractor de la rendición de cuentas incumple la obligación enunciada en el proyecto de artículo 10.

10) La obligación del Estado de someter el asunto a las autoridades competentes puede repercutir en su intento 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 ha tenido lugar antes de la aprobación de la amnistía, o de medidas legales que dejen sin efecto, con carácter retroactivo, la responsabilidad legal previamente establecida⁴⁷¹. 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 armado 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.

11) Con respecto al enjuiciamiento ante las cortes y 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 Penal 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 interno en relación con el delito de tortura “no tendría reconocimiento jurídico internacional”⁴⁷². El instrumento por el que se establece el Tribunal Especial para Sierra Leona⁴⁷³ señala que las amnistías aprobadas con arreglo al derecho interno no constituyen un obstáculo para el ejercicio de su competencia. El instrumento por el que se establecen las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya dispone que el Gobierno no pedirá la amnistía para las personas objeto de una instrucción o una sentencia condenatoria por crímenes de lesa humanidad, dejando que sean las Salas Especiales las que determinen el alcance de cualquier amnistía anterior⁴⁷⁴. Además, el Tribunal Especial para Sierra Leona y las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya reconocen, respectivamente, que hay una “norma internacional en proceso de cristalización”⁴⁷⁵ o “consenso emergente”⁴⁷⁶ 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. Una Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional ha dictaminado que “conceder

⁴⁷⁰ Estatuto de Roma, art. 53, párrs. 1 y 2.

⁴⁷¹ 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.

⁴⁷² Véase *Prosecutor v. Furundžija*, fallo, 10 de diciembre de 1998, (nota 302 *supra*), párr. 155.

⁴⁷³ 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”).

⁴⁷⁴ Ley de las Salas Especiales 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”).

⁴⁷⁵ Véase *Prosecutor v. Morris Kallon and Brima Bazzy Kamara*, causa núm. SCSL-2004-15-AR72(E) y SCSL-2004-16-AR72(E), *Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty*, 13 de marzo de 2004, párrs. 66 a 74 y 82 a 84.

⁴⁷⁶ 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, Sala de Primera Instancia, Salas Especiales de los Tribunales de Camboya, párrs. 40 a 53.

amnistías e indultos por actos graves como los asesinatos que constituyen crímenes de lesa humanidad es incompatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos⁴⁷⁷.

12) En lo que se refiere al enjuiciamiento ante cortes o tribunales nacionales, tratados negociados recientemente que se ocupan de los crímenes en el derecho interno 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 hizo⁴⁷⁸. Sin embargo, cortes, 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 no excluyen la rendición de cuentas con arreglo a los tratados regionales de derechos humanos⁴⁷⁹. Los órganos de expertos creados en virtud de tratados han interpretado que sus respectivos tratados impiden que los Estados parte aprueben leyes de amnistía, las apliquen o no las deroguen⁴⁸⁰. Además, la posición del Secretario General 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 Unidas⁴⁸¹.

⁴⁷⁷ *Prosecutor v. Saif al-Islam Gaddafi*, causa núm. ICC-01/11-01/11, *Decision on the “Admissibility Challenge by Dr. Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute”*, 5 de abril de 2019, Sala de Cuestiones Preliminares I, Corte Penal Internacional, párr. 77.

⁴⁷⁸ 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.

⁴⁷⁹ 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, 26 de septiembre de 2006 (véase la nota 24 *supra*), 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 una “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, pero también señalaba que “incluso si se aceptara que las amnistías son posibles en determinadas circunstancias, como un proceso de reconciliación y/o una forma de indemnización a las víctimas, la amnistía concedida al solicitante en el presente caso seguiría siendo inaceptable, pues nada indica que se dieran tales circunstancias”. Véase *Marguš v. Croatia*, demanda núm. 4455/10, sentencia de 27 de mayo de 2014, Gran Sala, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ECHR 2014 (fragmentos), párr. 139.

⁴⁸⁰ 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, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 40 (A/49/40)*, vol. II, anexo IX, secc. B, 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 parte en virtud de la Convención contra la Tortura. Véase, por ejemplo, Comité contra la Tortura, observación general núm. 3 (2012) sobre la aplicación del artículo 14, párr. 41. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer también ha recomendado que los Estados parte 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).

⁴⁸¹ 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, de 23 de agosto de 2004 (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

Desde la entrada en vigor del Estatuto de Roma, varios Estados han aprobado legislación nacional que prohíbe amnistías y medidas similares con respecto a los crímenes de lesa humanidad⁴⁸².

13) 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 delito⁴⁸³. 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, incluidos el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

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 informada sin demora de los derechos que la asisten de conformidad con el presente párrafo.

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 (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 (A/56/156), párr. 33.

⁴⁸² 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 n° 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 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.

⁴⁸³ Véase, por ejemplo, *Ould Dah v. France*, demanda núm. 13113/03, decisión sobre la admisibilidad de 17 de marzo de 2009, Quinta Sección, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ECHR 2009, párr. 49.

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 garantizar a toda persona respecto de la cual se adopten medidas en relación con uno de los delitos comprendidos en el presente proyecto de artículos un trato justo 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 de toda persona que no sea de la nacionalidad del Estado, pero esté en prisión, detenida o reclusa, a comunicarse con un representante de su Estado y tener acceso a él.

2) El título del proyecto de artículo 11 se refiere al trato justo del “presunto infractor”, pero el alcance del proyecto de artículo es más amplio y abarca a cualquier “persona” respecto de la cual se adopten medidas “en todas las etapas del procedimiento”. Así, podrían adoptarse medidas en relación con un delito contemplado en el presente proyecto de artículos antes de que la persona sea acusada (por ejemplo, la realización de una investigación), mientras se la extradita o entrega, o después de que haya sido condenada (por ejemplo, una pena de prisión). En tales circunstancias, la persona podría no ser considerada “presunto” infractor. No obstante, el proyecto de artículo 11 pretende abarcar las medidas adoptadas respecto de una persona en todas esas etapas, reconociendo que sus derechos pueden variar en función de la etapa de que se trate; por ejemplo, después de la condena ya no existiría la presunción de inocencia⁴⁸⁴.

3) Los principales instrumentos de derechos humanos tratan de precisar las normas que han de aplicarse, como las enunciadas en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, mientras que los tratados que se ocupan del castigo de delitos tipificados en el derecho interno suelen establecer una norma amplia de “trato justo”⁴⁸⁵. Los tratados que se ocupan del derecho interno no definen la expresión “trato justo”, pero se considera que en ella quedan incorporados los derechos concretos que corresponden al presunto infractor en virtud del derecho internacional.

4) 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

⁴⁸⁴ Compárese, por ejemplo, el artículo 55 (Derechos de las personas durante la investigación) con los artículos 66 y 67 (Presunción de inocencia y Derechos del acusado) del Estatuto de Roma.

⁴⁸⁵ 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, 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; 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.

el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁸⁶. 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’ o ‘juicio imparcial’, que podrían interpretarse en un sentido técnico estricto”⁴⁸⁷.

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”⁴⁸⁸. Por 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 párrafo 1 dispone que la persona tendrá garantizada la plena protección de sus derechos, ya dimanen de las disposiciones aplicables del derecho nacional o del derecho internacional. Con respecto al derecho interno, generalmente todos los Estados prevén en su legislación salvaguardias de un grado u otro para las personas 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 una decisión 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 recaiga indebidamente en un sospechoso y, entre otras cosas, se preserve la capacidad de esa persona de defenderse plenamente de las acusaciones del Estado ante una corte o tribunal independiente (haciendo posible de ese modo la “igualdad de medios”).

7) Con respecto al derecho internacional, tanto el derecho de los derechos humanos como el derecho internacional humanitario son particularmente pertinentes. Al nivel más general, en los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948⁴⁸⁹, se reconocen salvaguardias de los derechos humanos, mientras que en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, en tratados regionales de derechos humanos⁴⁹⁰ y en otros instrumentos aplicables⁴⁹¹ se establecen normas más específicas vinculantes para los Estados. En cuanto al derecho internacional humanitario, los Convenios de Ginebra de 1949 requieren las garantías básicas mínimas de un trato justo, un juicio imparcial y la plena protección de los derechos de quienes son enjuiciados por la vía penal en el marco de un conflicto armado, ya sea un conflicto armado

⁴⁸⁶ *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), pág. 350, comentario al art. 8.

⁴⁸⁷ *Ibid.*

⁴⁸⁸ Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 32 (2007) sobre el derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 40 (A/62/40)*, vol. I, anexo VI, párr. 2.

⁴⁸⁹ Declaración Universal de Derechos Humanos, resolución [217 A \(III\)](#) de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1948, arts. 10 y 11.

⁴⁹⁰ Véanse, por ejemplo, Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8; Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 7; Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 6.

⁴⁹¹ Véanse, por ejemplo, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 2 de mayo de 1948), aprobada 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*, C 364, de 18 de diciembre de 2000, pág. 1; Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela), resolución [70/175](#) de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 2015, anexo, regla 62; Reglas de Bangkok (nota 443 *supra*), regla 2, párr. 1; Principios y Directrices de las Naciones Unidas sobre el Acceso a la Asistencia Jurídica en los Sistemas de Justicia Penal, resolución [67/187](#) de la Asamblea General, de 28 de marzo de 2013, anexo, principios 3 y 6.

internacional o no internacional⁴⁹². Si bien el alcance y la aplicación de esas garantías pueden depender del tipo de conflicto armado de que se trate, muchas de ellas, si no todas, se consideran derecho internacional consuetudinario en todas las formas de conflicto armado⁴⁹³. Los derechos pertinentes en virtud del derecho internacional son: el derecho del acusado a ser informado de los cargos que se le imputan; el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo; el derecho a ser castigado únicamente por los actos que estuvieran tipificados en la ley en el momento en que se cometieron (principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*); y el derecho a que se presuma la inocencia hasta que se demuestre la culpabilidad.

8) El párrafo 2 del proyecto de artículo 11 se refiere a las obligaciones del Estado respecto de una persona que “esté en prisión, detenida o recluida” 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, de un Estado al que compete por otras razones la protección de sus derechos o, si dicha persona es apátrida, del Estado que, a solicitud de ella, esté dispuesto a proteger sus derechos, así como la capacidad de la persona de recibir la visita de dicho representante. En tales circunstancias, el Estado en el territorio bajo cuya jurisdicción se encuentre el presunto infractor le ha de permitir comunicarse sin demora con el representante competente más próximo del Estado o los Estados interesados. 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.

9) Esos derechos se explican con mayor detalle en el artículo 36, párrafo 1, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 1963⁴⁹⁴, que reconoce derechos tanto a la persona detenida como al Estado de que sea nacional⁴⁹⁵, 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)⁴⁹⁶. Del mismo modo que en el caso del párrafo 1, esos derechos pueden hacerse

⁴⁹² Véase, por ejemplo, Convenio de Ginebra I, art. 49, párr. 4; Convenios de Ginebra, art. 3 común; Protocolo adicional I, art. 75; Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Ginebra, 8 de junio de 1977), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1125, núm. 17513, pág. 609 (en adelante, “Protocolo adicional II”), art. 6; CICR, *Commentary on the First Geneva Convention*, 2016, párrs. 685 y 686 (sobre el artículo 3 común) y párrs. 2901 y 2902 (sobre el artículo 49). Entre otras cosas, incluyen: la obligación de informar al acusado de la naturaleza y la causa del delito que se le imputa; el derecho del acusado a que se reconozcan sus derechos y a disponer de los medios de defensa necesarios; el derecho a la presunción de inocencia; el derecho a hallarse presente al ser juzgado; el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable; el derecho a estar presente e interrogar a los testigos; y el derecho a no ser juzgado ni condenado más de una vez por la misma Parte, por el mismo acto o por los mismos cargos (*non bis in idem*).

⁴⁹³ Véase Henckaerts y Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, vol. 1: *Rules* (nota 333 *supra*), págs. 352 a 371 (norma 100).

⁴⁹⁴ 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.

⁴⁹⁵ *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”).

⁴⁹⁶ 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 Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, art. 7, párr. 3;

efectivos de manera diferente en un contexto en el que se aplique el derecho internacional humanitario, por ejemplo, mediante comunicaciones y visitas realizadas por una Potencia protectora o por el Comité Internacional de la Cruz Roja.

10) 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 esos derechos puedan tener el pleno efecto para el que están concebidos. 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 1963⁴⁹⁷, y también se ha incluido en muchos tratados que se ocupan de delitos⁴⁹⁸. La Comisión explicó esta 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.”⁴⁹⁹

11) 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 reclusa”⁵⁰⁰.

Artículo 12

Víctimas, testigos y otras personas

1. Todo Estado tomará las medidas necesarias para que:

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.

⁴⁹⁷ Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, art. 36, párr. 2.

⁴⁹⁸ Véanse, por ejemplo, Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, art. 6, párr. 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.

⁴⁹⁹ *Anuario...*, 1961, vol. II, documento A/4843, proyecto de artículos sobre relaciones consulares y comentarios, comentario al art. 36, párrs. 5) y 7).

⁵⁰⁰ *LaGrand* (véase la nota 495 *supra*), pág. 497, párr. 89.

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 interno, 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, cometido mediante actos atribuibles al Estado con arreglo al derecho internacional o cometido en cualquier territorio bajo su jurisdicción, 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 testigos⁵⁰¹ e, incluso posteriormente a esa fecha, la mayoría de los tratados universales en materia de terrorismo no han abordado los derechos de las víctimas y los testigos⁵⁰². No obstante, a partir de ese decenio, muchos tratados relativos a otros crímenes han establecido disposiciones similares a las que figuran en el proyecto de artículo 12⁵⁰³, incluidos los tratados que se ocupan de actos que pueden constituir crímenes de lesa humanidad en determinadas circunstancias, como la tortura y las desapariciones forzadas⁵⁰⁴. Algunos de los estatutos de cortes y tribunales internacionales que tienen competencia sobre los crímenes de lesa humanidad, en particular el Estatuto de Roma de 1998⁵⁰⁵, han abordado los

⁵⁰¹ Véanse, por ejemplo, Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves; Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*; Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos; Convención Internacional contra la Toma de Rehenes.

⁵⁰² Véanse, por ejemplo, Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas; Convención de la OUA sobre la Prevención y la Lucha contra el Terrorismo; Convenio Internacional para la Supresión de los Actos de Terrorismo Nuclear; Convención de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental para la Prevención contra el Terrorismo.

⁵⁰³ 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.

⁵⁰⁴ 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.

⁵⁰⁵ 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 Parte 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, reglas 86 a 88 (en adelante, "Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional"). En relación con otros tribunales, véanse Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, art. 22; Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, art. 21; Ley de las Salas Especiales de Camboya, art. 33; Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, art. 16, párr. 4; Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano, art. 12, párr. 4.

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 humanidad⁵⁰⁶.

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 “víctima”, sino que permiten que los Estados apliquen su legislación y práctica al respecto⁵⁰⁷, siempre que sean compatibles con sus obligaciones en virtud del derecho internacional. Al mismo tiempo, la práctica relacionada con esos tratados y en el marco del derecho internacional consuetudinario ofrece orientación sobre la manera en que debe interpretarse el término. Por ejemplo, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 2006, establece, a los efectos de la Convención, que por “víctima” se entenderá “la persona desaparecida y toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada”⁵⁰⁸. La Convención sobre Municiones en Racimo dispone que 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”⁵⁰⁹.

4) 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 significado. En su observación general núm. 3, el Comité señaló lo siguiente:

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 victimización⁵¹⁰.

5) En el plano regional, el Convenio 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 Convenio⁵¹¹. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha determinado que el daño sufrido por esas “víctimas” puede ser tanto directo como indirecto⁵¹², y que los familiares de la víctima de una violación grave de los derechos

⁵⁰⁶ 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.

⁵⁰⁷ 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.

⁵⁰⁸ Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 24, párr. 1.

⁵⁰⁹ 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.

⁵¹⁰ Comité contra la Tortura, observación general núm. 3, párr. 3.

⁵¹¹ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 34.

⁵¹² 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, ECHR 2013 (fragmentos), párr. 47.

humanos pueden ser también “víctimas”⁵¹³. Aunque las garantías establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969, se limitan a las personas naturales⁵¹⁴, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha reconocido tanto a las víctimas directas como a las indirectas, incluidos los familiares⁵¹⁵, así como a los grupos de víctimas⁵¹⁶. La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul) no utiliza el término “víctima”, pero la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en su observación general núm. 4, señaló que las víctimas son personas que individual o colectivamente sufren daños, incluidos los físicos y psicológicos, por actos u omisiones que constituyen vulneraciones de la Carta Africana⁵¹⁷. Además, la Comisión indicó que un individuo es una víctima independientemente de si el autor de la vulneración es identificado, detenido, procesado o condenado y de si existe algún vínculo familiar o de otro tipo entre el autor y la víctima⁵¹⁸. En ninguno de esos tratados el término “víctima” se interpreta de manera restrictiva ni discriminatoria.

6) Asimismo, si bien los estatutos de las cortes y tribunales penales internacionales no definen el término “víctima”, puede haber orientaciones en sus reglamentos o en su jurisprudencia. 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”⁵¹⁹, lo que se entiende que incluye a las víctimas tanto directas como indirectas⁵²⁰, mientras que

⁵¹³ 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, ECHR 1999-IV, párr. 98; *Elberte v. Latvia*, demanda núm. 61243/08, sentencia de 13 de enero de 2015, Sección Cuarta, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ECHR 2015, párr. 137.

⁵¹⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1.

⁵¹⁵ 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.

⁵¹⁶ 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.

⁵¹⁷ Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, observación general núm. 4 (2007) sobre el derecho a la reparación de las víctimas de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 5), párr. 16.

⁵¹⁸ *Ibid.*, párr. 17.

⁵¹⁹ 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”. *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.

⁵²⁰ 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. En el contexto de los crímenes de lesa humanidad relacionados con el patrimonio cultural, una Sala de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional consideró personas “afectadas” por el crimen “no solo a las víctimas directas, es decir, los fieles y los habitantes de Tombuctú, sino también a la población de todo Malí y a la comunidad internacional”. *Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Madhi*,

la regla 85 b) hace extensiva la definición a las personas jurídicas, siempre que hayan sufrido daños directos⁵²¹.

7) 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. En tratados internacionales, como la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984⁵²², y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 2006⁵²³, figura una disposición similar.

8) 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 entidades religiosas u organizaciones no gubernamentales.

9) 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.

10) 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

causa núm. ICC-01/12-01-01/15, orden de reparación, 17 de agosto de 2017, Sala de Primera Instancia VIII, Corte Penal Internacional, párr. 51. No obstante, la Sala limitó su valoración, a los efectos de las reparaciones, “al daño sufrido por y en la comunidad de Tombuctú, es decir, las organizaciones y personas que residían habitualmente allí en el momento de la comisión de los crímenes o que tenían una relación tan estrecha con la ciudad que podían considerarse parte de esa comunidad en el momento del ataque”. *Ibid.*, párr. 56.

⁵²¹ 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”). El párrafo 8 de 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, dispone 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”. 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.

⁵²² Convención contra la Tortura, art. 13.

⁵²³ Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 12.

Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000⁵²⁴, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003⁵²⁵, y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 2006⁵²⁶. 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 el derecho interno, sino también en los estatutos de las cortes y tribunales penales internacionales⁵²⁷.

11) 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 persona⁵²⁸.

12) 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 de pruebas por medios electrónicos u otros medios especiales en lugar de en persona⁵²⁹; medidas destinadas a proteger la vida privada y la identidad de los testigos y las víctimas⁵³⁰; la celebración de actuaciones a puerta cerrada⁵³¹; la no presentación de pruebas o información cuando su divulgación pueda entrañar un peligro grave para la seguridad de un testigo o de su familia⁵³²; la reubicación de las víctimas y los testigos⁵³³, y las medidas de protección con respecto a los niños⁵³⁴.

13) 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 11⁵³⁵.

⁵²⁴ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 24, párr. 1.

⁵²⁵ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 32, párr. 1.

⁵²⁶ Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 12, párr. 1.

⁵²⁷ Véanse, por ejemplo, Estatuto de Roma, art. 68, párr. 1; Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, art. 22; Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, art. 21; Ley de las Salas Especiales de Camboya, art. 33; Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, art. 16; Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano, art. 12.

⁵²⁸ Véase, por ejemplo, Estatuto de Roma, art. 68, párr. 1.

⁵²⁹ 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).

⁵³⁰ 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); Ley de las Salas Especiales de Camboya, art. 33.

⁵³¹ Véanse, por ejemplo, Estatuto de Roma, art. 68, párr. 2; Ley de las Salas Especiales de Camboya, art. 33.

⁵³² Véase, por ejemplo, Estatuto de Roma, art. 68, párr. 5.

⁵³³ 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).

⁵³⁴ Véanse, por ejemplo, Estrategias y Medidas Prácticas Modelo de las Naciones Unidas para Eliminar la Violencia contra los Niños en el Ámbito de la Prevención del Delito y la Justicia Penal, resolución 69/194 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 2014, anexo, medidas VI, VIII, XII; Principios y Directrices de las Naciones Unidas sobre el Acceso a la Asistencia Jurídica en los Sistemas de Justicia Penal (nota 491 *supra*), principios 4 y 5 y directrices 7 y 10; Directrices sobre la Justicia en Asuntos concernientes a los Niños Víctimas y Testigos de Delitos, resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social, de 22 de julio de 2005, anexo.

⁵³⁵ 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

14) El párrafo 2 del proyecto de artículo 12 establece que todo Estado permitirá, de conformidad con su derecho interno, 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 expresan una obligación firme, las cláusulas “de conformidad con su derecho interno” y “en las etapas apropiadas” dan flexibilidad al Estado en cuanto al cumplimiento de dicha obligación, pues le permiten adaptarla a las características específicas de su ordenamiento penal. Por ejemplo, en algunas jurisdicciones esta obligación podría cumplirse permitiendo que la víctima haga una declaración sobre los daños sufridos cuando se dicte sentencia. Aunque solo se refiere a las “víctimas”, también puede ser apropiado que los Estados permitan que otras personas (como los familiares o los representantes) expongan 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.

15) Se pueden encontrar ejemplos de disposiciones como la del párrafo 2 en diversos tratados, tales como el Estatuto de Roma de 1998⁵³⁶; 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 2000⁵³⁷; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000⁵³⁸; 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 2000⁵³⁹; y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003⁵⁴⁰.

16) 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 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 actor⁵⁴¹. Al mismo tiempo, en cada situación concreta de crímenes de lesa humanidad, dependerá del contexto el Estado o los Estados que han de aplicar esas medidas. Los Estados interesados son: a) aquellos a quienes son atribuibles, con arreglo al derecho internacional, los actos constitutivos de crímenes de lesa humanidad; y b) aquellos que ejerzan su competencia respecto del territorio en que se cometieron los crímenes.

17) 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”⁵⁴². Así, el derecho a un “recurso efectivo”

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.

⁵³⁶ Estatuto de Roma, art. 68, párr. 3.

⁵³⁷ 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.

⁵³⁸ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 25, párr. 3.

⁵³⁹ 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.

⁵⁴⁰ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 32, párr. 5.

⁵⁴¹ 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.

⁵⁴² 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, art. 14, párr. 2, y art. 25, párr. 2; Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y

puede encontrarse en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948⁵⁴³, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966⁵⁴⁴, y en algunos tratados regionales de derechos humanos⁵⁴⁵. 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”⁵⁴⁶. 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”⁵⁴⁷.

18) 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”⁵⁴⁸, según el cual:

Las obligaciones de los Estados parte 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 parte 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 parte han 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 posible⁵⁴⁹.

19) 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 repetición⁵⁵⁰.”

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.

⁵⁴³ Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 8.

⁵⁴⁴ 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.

⁵⁴⁵ Véanse, por ejemplo, Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 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.

⁵⁴⁶ Convención contra la Tortura, art. 14, párr. 1.

⁵⁴⁷ Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 24, párr. 4.

⁵⁴⁸ 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, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/60/44)*, anexo VIII, secc. A, pág. 155, párr. 6.8.

⁵⁴⁹ Comité contra la Tortura, observación general núm. 3, párr. 5.

⁵⁵⁰ Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 24, párrs. 4 y 5.

20) 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.

21) 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 actores 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 varía. Aun así, el Estado de que se trate ha de cumplir esta obligación de buena fe y no abusar de su flexibilidad para evitar una reparación adecuada. El párrafo 3 se entenderá sin perjuicio de otras obligaciones que incumban a los Estados en virtud del derecho internacional.

22) El párrafo 3 dispone que la reparación puede ser “individual o colectiva”. Puede concederse una reparación concreta a cada víctima, por ejemplo, mediante procesos ordinarios de demandas civiles en cortes o tribunales nacionales o procesos especialmente concebidos de demandas colectivas de indemnización. Cuando corresponda, se debe considerar la posibilidad de adoptar medidas para evitar la prescripción de las demandas civiles. No obstante, 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. Este puede ser especialmente el caso cuando un Estado está lidiando con las secuelas de un período de abusos a gran escala contra los derechos humanos que requiera mecanismos creativos de justicia de transición. En otros casos puede ser conveniente combinar las reparaciones individuales con las colectivas.

23) El apoyo a este planteamiento puede verse en el enfoque adoptado por las cortes y tribunales penales internacionales con respecto a las reparaciones. Los Estatutos del Tribunal Penal 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 reparación⁵⁵¹. No obstante, cuando se han establecido otras cortes o 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 colectiva⁵⁵². Por ejemplo, las Reglas de Procedimiento y Prueba de

⁵⁵¹ Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, art. 24, párr. 3; Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, art. 23, párr. 3.

⁵⁵² 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.

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 lesión⁵⁵³. 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”⁵⁵⁴.

24) No debe interpretarse que los derechos especificados en el proyecto de artículo 12 excluyen la existencia de otros derechos de las víctimas, los testigos y otras personas en virtud del derecho internacional o nacional. Por ejemplo, si bien los tratados en materia de derechos humanos no prevén de manera explícita la obligación del Estado de proporcionar información a las víctimas de trasgresiones graves de los derechos humanos, el “derecho a la información” o el “derecho a la verdad” de las víctimas han sido inferidos de esos tratados por algunos órganos. Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos ha inferido ese derecho del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, como una forma de poner fin a la tortura psicológica de las familias de las víctimas de desapariciones forzadas o ejecuciones secretas, o de evitarla⁵⁵⁵. El Comité también ha señalado que, para cumplir su obligación de proporcionar un recurso efectivo, el Estado parte debe facilitar información sobre la vulneración cometida o, en caso de muerte de la persona desaparecida, sobre el lugar en que está enterrada⁵⁵⁶. Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha inferido del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 1950, como parte del derecho a no ser sometido a tortura o maltrato, el derecho a un recurso efectivo y el derecho a una investigación efectiva y a ser informado de los resultados⁵⁵⁷. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha seguido un enfoque similar con respecto a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos⁵⁵⁸. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha recogido ese derecho en la Convención Americana sobre Derechos Humanos no solo en beneficio de las víctimas, sino de la sociedad en su conjunto, ya que asegurar los derechos en el futuro requiere que la sociedad aprenda de los abusos cometidos en el pasado⁵⁵⁹.

Artículo 13 **Extradición**

1. Este proyecto de artículo será de aplicación a los delitos comprendidos en el presente proyecto de artículos cuando el Estado requirente solicite la extradición de una persona que se encuentre en un territorio bajo la jurisdicción del Estado requerido.

2. 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

⁵⁵³ Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, regla 97, párr. 1.

⁵⁵⁴ 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*.

⁵⁵⁵ Véase, por ejemplo, *Lyashkevich c. Belarús*, comunicación núm. 887/1999, dictamen aprobado el 3 de abril de 2003, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 40 (A/58/40)*, vol. II, anexo V, apéndice P, párr. 9.2.

⁵⁵⁶ *Ibid.*, párr. 11.

⁵⁵⁷ Véanse, por ejemplo, *Kurt v. Turkey* (nota 435 *supra*), párrs. 130 a 134 y 140; *Taş v. Turkey*, demanda núm. 24396/94, sentencia, 14 de noviembre de 2000, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, párrs. 79, 80 y 91; *Cyprus v. Turkey*, demanda núm. 25781/94, sentencia, Gran Sala, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ECHR 2001-IV, párrs. 156 a 158.

⁵⁵⁸ *Amnesty International v. Sudan*, comunicaciones núms. 48/90, 50/91, 52/91, 89/93, decisión de 15 de noviembre de 1999, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, párr. 54. Véase también Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Principles and Guidelines on the Right to a Fair Trial and Legal Assistance in Africa*, documento DOC/OS(XXX)247 de la Unión Africana, principio C, párr. b), (que establece que el derecho a un recurso efectivo incluye el acceso a información sobre los hechos relacionados con las violaciones cometidas).

⁵⁵⁹ Comisión Interamericana, *Caso de Ignacio Ellacuría y otros Vs. El Salvador*, caso núm. 10.488, informe núm. 136/99, de 22 de diciembre de 1999, párrs. 221 a 228.

incluir tales delitos como causa de extradición en todo tratado al respecto que celebren entre sí.

3. 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 este único motivo.

4. 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.

5. 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.

6. 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.

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

8. El Estado requirente y el Estado requerido, de conformidad con su derecho interno, procurarán agilizar los procedimientos de extradición y simplificar los requisitos probatorios correspondientes.

9. 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.

10. 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 interno 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 con arreglo al derecho interno del Estado requirente o la parte de ella que quede pendiente.

11. 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 castigar 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.

12. El Estado requerido tomará debidamente en consideración la solicitud del Estado en el territorio bajo cuya jurisdicción se haya cometido el presunto delito.

13. Antes de denegar la extradición, el Estado requerido consultará, cuando proceda, 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 multilateral⁵⁶⁰ o bilateral⁵⁶¹, 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 castigo⁵⁶². 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 General⁵⁶³ e instó “a todos los Estados a cooperar para buscar, detener, extraditar y castigar a las personas declaradas culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad”⁵⁶⁴.

3) El proyecto de artículo 13 debe 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 a una corte 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 que incumbe al Estado en el territorio bajo cuya jurisdicción se encuentre el presunto infractor es someter el asunto a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, a menos que la persona sea extraditada o entregada a otro Estado (o a una corte o tribunal penal

⁵⁶⁰ 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*, L 190, vol. 45 (18 de julio de 2002), pág. 1.

⁵⁶¹ El Tratado Modelo de Extradición de las Naciones Unidas, 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).

⁵⁶² Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General, de 3 de diciembre de 1973.

⁵⁶³ 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.

⁵⁶⁴ *Ibid.*, párr. 2.

internacional competente). 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, y ese es el propósito del proyecto de artículo 13.

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 186 Estados parte (a mediados de 2019) 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 Delito⁵⁶⁵.

Aplicación del proyecto de artículo cuando se presenta una solicitud de extradición

6) El párrafo 1 del proyecto de artículo 13 dispone que el proyecto de artículo será de aplicación a los delitos comprendidos en el presente proyecto de artículos cuando el Estado requirente solicite la extradición de una persona que se encuentre en un territorio bajo la jurisdicción del Estado requerido. El texto se inspira en el artículo 44, párrafo 1, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003.

7) Como ya se ha señalado, el proyecto de artículos no establece la obligación del Estado de extraditar a una persona a otro Estado. De conformidad con el proyecto de artículo 10, cuando un presunto infractor se encuentre en un Estado, ese Estado someterá el asunto a efectos de enjuiciamiento, *a menos* que la persona sea extraditada o entregada a otro Estado (o a una corte o tribunal penal internacional competente). Así pues, la extradición es una opción que un Estado puede decidir ejercer si así lo solicita otro Estado. Las disposiciones de este proyecto de artículo serán pertinentes cuando se presente una solicitud de ese tipo.

Inclusión entre los delitos que pueden dar lugar a extradición en los tratados de extradición vigentes y futuros

8) El párrafo 2 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 requerido a considerar los delitos comprendidos en el presente proyecto de artículos (véase el proyecto de artículo 6, párrafos 1 a 3, *supra*) entre los delitos que pueden dar lugar a extradición en todo tratado de extradición vigente entre ese Estado y el Estado requirente,

⁵⁶⁵ 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 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).

así como en todo tratado de extradición que celebren entre sí en lo sucesivo⁵⁶⁶. Esta disposición suele aparecer en otras convenciones⁵⁶⁷.

Exclusión de la excepción del “delito político” en relación con la extradición

9) El párrafo 3 del proyecto de artículo 13 excluye la excepción del “delito político” como motivo para rechazar una solicitud de extradición.

10) 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 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”⁵⁶⁸. Del mismo modo, el artículo 1 del Protocolo adicional al Convenio Europeo de Extradición, de 1957, establece que los crímenes de guerra enumerados en los Convenios de Ginebra de 1949 no se considerarán delitos políticos y, por tanto, no darán lugar a extradición⁵⁶⁹. Existen razones similares para no considerar “delitos políticos” los presuntos crímenes de lesa humanidad e impedir la extradición⁵⁷⁰. El *Manual revisado sobre el Tratado Modelo de Extradición* de las Naciones Unidas 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”⁵⁷¹. 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’”⁵⁷².

⁵⁶⁶ 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.

⁵⁶⁷ 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 “[s]i [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 parte, se considerarán incluidos como tales en esa disposición. Los Estados parte se comprometen a incluir esos delitos, en todo tratado de extradición que concluyan entre sí, entre los que dan lugar a extradición”. *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), pág. 35.

⁵⁶⁸ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, art. VII.

⁵⁶⁹ Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición (Estrasburgo, 15 de octubre de 1975), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1161, núm. 5146, pág. 450, art. 1.

⁵⁷⁰ 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”).

⁵⁷¹ 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.

⁵⁷² Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, resolución 2001/22 sobre la cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad, párr. 3.

11) Los tratados bilaterales de extradición contemporáneos también suelen mencionar delitos concretos que no pueden considerarse “delitos políticos” que impiden la extradición⁵⁷³. Aunque algunos tratados sobre delitos específicos no abordan la cuestión⁵⁷⁴, en muchos tratados multilaterales contemporáneos que se ocupan de delitos concretos figura una disposición que prohíbe la excepción de delito político para conceder la extradición por ese delito concreto⁵⁷⁵. 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 parte, 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.

12) 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 3 del proyecto de artículo 13. Ese párrafo aclara que la *comisión* de 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 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 11 del proyecto de artículo 13. La cláusula final del párrafo 3 “por este único motivo” indica que puede haber otros motivos que el Estado puede invocar para denegar la extradición (véanse los párrafos 18) a 20) y 27) a 30) *infra*), siempre y cuando existan realmente.

Estados que requieren un tratado de extradición

13) Los párrafos 4 y 5 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.

14) El párrafo 4 dispone que, en ese caso, el Estado requerido “podrá” considerar el presente proyecto de artículos como base jurídica para la extradición respecto de 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

⁵⁷³ 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. no publicado aún], núm. 50792, art. 4, párr. 2 (“A los efectos del presente Tratado, no se 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”); 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”).

⁵⁷⁴ Véanse, por ejemplo, Convención Internacional contra la Toma de Rehenes; Convención contra la Tortura.

⁵⁷⁵ 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.

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”⁵⁷⁶. Esa misma disposición o una similar puede encontrarse en muchos otros tratados⁵⁷⁷ y en el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad elaborado por la Comisión en 1996⁵⁷⁸.

15) El párrafo 5 se basa en el artículo 44, párrafo 6, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003. El párrafo 5 a) 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 crímenes de lesa humanidad.

16) El párrafo 5 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 crímenes de lesa humanidad, sino que les alienta a hacer los esfuerzos necesarios en ese sentido⁵⁷⁹.

Estados que no requieren un tratado de extradición

17) El párrafo 6 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 2003⁵⁸⁰. Se pueden encontrar disposiciones similares en muchos otros tratados que se ocupan de delitos⁵⁸¹. El proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad elaborado por la Comisión en 1996 también contiene una disposición de esa naturaleza⁵⁸².

⁵⁷⁶ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 44, párr. 5.

⁵⁷⁷ 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 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.

⁵⁷⁸ *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”).

⁵⁷⁹ 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.

⁵⁸⁰ 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”).

⁵⁸¹ 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 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, art. 6, párr. 4; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 13, párr. 5.

⁵⁸² *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), pág. 35, art. 10, párr. 3 (“Los Estados parte 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”).

Requisitos previstos en el derecho interno del Estado requerido o los tratados aplicables

18) El párrafo 7 del proyecto de artículo 13 establece que la extradición “estará sujeta a las condiciones previstas en el derecho interno 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 universales⁵⁸³ y regionales⁵⁸⁴. 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”⁵⁸⁵. La Comisión consideró que la referencia al requisito de una pena mínima era inapropiada en el contexto de acusaciones de crímenes de lesa humanidad.

19) 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 interno del Estado requerido o en tratados de extradición. Esas condiciones pueden referirse a medidas de procedimiento, como la necesidad de una decisión de una corte o 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 sea 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 especialidad⁵⁸⁶. 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 en contravención del artículo 6, párrafo 6, o podrían ser inadmisibles con arreglo a otras normas de derecho internacional.

20) 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 competentes a efectos de enjuiciamiento, de conformidad con el proyecto de artículo 10.

Agilización de los procedimientos de extradición y simplificación de los requisitos probatorios

21) El párrafo 8 del proyecto de artículo 13 dispone que el Estado requirente y el Estado requerido, de conformidad con su derecho interno, procurarán agilizar los procedimientos de extradición y simplificar los requisitos probatorios correspondientes. Este texto se inspira en el artículo 44, párrafo 9, de la Convención de las Naciones Unidas contra la

⁵⁸³ 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.

⁵⁸⁴ Véase, por ejemplo, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, art. 13; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, art. V; Consejo de Europa, Convenio Penal sobre la Corrupción, art. 27, párr. 4.

⁵⁸⁵ 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”).

⁵⁸⁶ Véase, por ejemplo, Ley de Extradición del Reino Unido, art. 17.

Corrupción, de 2003. El Grupo de Trabajo sobre Cooperación Internacional de la Conferencia de las Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional ha evaluado y recomendado métodos para agilizar esos procedimientos y simplificar esos requisitos⁵⁸⁷.

Consideración de que el delito se cometió en el Estado requirente

22) El párrafo 9 del proyecto de artículo 13 aborda las situaciones en que el Estado requerido, con arreglo a su derecho interno, solo puede extraditar a la persona al Estado en que se haya cometido el delito⁵⁸⁸. Para facilitar la extradición a una mayor diversidad de Estados, el párrafo 9 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 1999⁵⁸⁹, y se ha utilizado en muchos tratados que se ocupan de delitos⁵⁹⁰.

23) 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 (de ahí la referencia en el párrafo 9 del proyecto de artículo 13 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 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.

24) 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 4⁵⁹¹, 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

⁵⁸⁷ Véanse, por ejemplo, Informe de la reunión del Grupo de Trabajo sobre Cooperación Internacional celebrada en Viena el 16 de octubre de 2018 (CTOC/COP/WG.3/2018/6); Dificultades para agilizar el proceso de extradición, que incluyen atender cuestiones de salud y seguridad y otras cuestiones de derechos humanos, así como las estrategias utilizadas durante el proceso judicial por las personas reclamadas para retrasar la resolución de una solicitud de extradición (CTOC/COP/WG.3/2018/5).

⁵⁸⁸ 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”).

⁵⁸⁹ Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, art. 11, párr. 4.

⁵⁹⁰ 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.

⁵⁹¹ *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), pág. 35, art. 10, párr. 4 (“A los efectos de la extradición entre Estados parte, 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”).

amplio es coherente con la obligación general de todo Estado parte de establecer su jurisdicción sobre [esos] crímenes⁵⁹².

Cumplimiento de una condena impuesta a los propios nacionales del Estado

25) El párrafo 10 del proyecto de artículo 13 se refiere a las situaciones en que el nacional del Estado requerido sea declarado culpable y condenado en un Estado extranjero, y huya al Estado requerido, pero este no pueda extraditar a sus nacionales de conformidad con su derecho. En esos casos, el párrafo 10 establece que el Estado requerido, “si su derecho interno 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 con arreglo al derecho interno del Estado requirente o la parte de ella que quede pendiente”. Existen disposiciones similares en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000⁵⁹³, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003⁵⁹⁴.

26) La Comisión también consideró la posibilidad de incluir un párrafo en el proyecto de artículo 13 que abordara expresamente 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 cualquier condena impuesta por el Estado requirente. La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000⁵⁹⁵, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003⁵⁹⁶, contienen una disposición en ese sentido. La Comisión consideró que esa situación quedaba recogida en el alcance de las condiciones que pudieran ser de aplicación con arreglo al párrafo 7 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.

Solicitudes de extradición basadas en motivos inaceptables

27) El párrafo 11 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 multilaterales⁵⁹⁷ y bilaterales⁵⁹⁸ y en legislación nacional⁵⁹⁹ que

⁵⁹² *Ibid.*, pág. 36 (párr. 3) del comentario al proyecto de artículo 10).

⁵⁹³ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 16, párr. 12.

⁵⁹⁴ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 44, párr. 13.

⁵⁹⁵ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 16, párr. 11.

⁵⁹⁶ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 44, párr. 12.

⁵⁹⁷ Véanse, por ejemplo, Convenio Europeo de Extradición, art. 3, párr. 2; Convención Interamericana sobre Extradición, art. 4, párr. 5.

⁵⁹⁸ 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, 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 b). El artículo 3 b) del Tratado Modelo de Extradición de las Naciones Unidas 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”.

⁵⁹⁹ 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 cuando [...] se haya incoado contra la persona en cuestión un procedimiento penal o pueda imponérsele una pena en razón de su raza, religión, nacionalidad, sexo, opiniones políticas o condición personal, o si, por alguno de esos motivos, esa persona pueda ser objeto de un trato injusto en el contexto de las actuaciones judiciales”); y la Ley de Extradición del Reino Unido, art. 13 (“La extradición de una persona [...] podrá denegarse por otras consideraciones únicamente en los siguientes casos: a) cuando la orden

abordan la extradición con carácter general, así como en tratados que se ocupan de la extradición en relación con delitos específicos⁶⁰⁰.

28) El párrafo 11 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 2. 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 2006⁶⁰¹. El párrafo 11 puede considerarse uno de los elementos que tienen por objeto garantizar al presunto infractor, en todas las etapas, la plena protección de sus derechos en virtud del derecho internacional, como se requiere en el párrafo 1 del proyecto de artículo 11. De hecho, puede haber otras razones relacionadas con la plena protección de los derechos humanos del presunto infractor que impidan la extradición.

29) Habida cuenta de que el presente proyecto de artículos no contiene obligación alguna de extraditar a una persona, el párrafo 11, en sentido estricto, no es necesario para llevar cabo a una extradición que tenga lugar únicamente de conformidad con el presente proyecto de artículos. Con arreglo al presente proyecto de artículos, un Estado puede negarse a extraditar por cualquier motivo, siempre y cuando someta el asunto a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento. No obstante, este párrafo puede ser pertinente si la extradición se solicita en virtud de tratados de extradición o del derecho interno de un Estado y si esos tratados o ese derecho requieren la extradición en determinadas circunstancias. El párrafo 11 contribuye a asegurar que toda disposición de esos tratados o del derecho interno que impida la extradición en circunstancias como las descritas en el párrafo 11 siga sin verse afectada por el presente proyecto de artículos. Por ello, la Comisión consideró apropiado incluir una disposición de esa índole en el presente proyecto de artículos.

30) El párrafo 11 debe distinguirse del proyecto de artículo 5 sobre la no devolución. Esta última disposición se refiere en general a *cualquier* traslado de una persona de un Estado a otro. Ese traslado puede muy bien tener lugar en un contexto en que no se alegue que la persona ha cometido un crimen de lesa humanidad o algún otro delito. El proyecto de artículo 5 se centra en asegurar que la persona no sea trasladada a un Estado si ello la pone en peligro de ser víctima de un crimen de lesa humanidad. En relación con el solapamiento entre el proyecto de artículo 5 y el párrafo 11 del proyecto de artículo 13 con respecto a la

emitida en relación con esa persona en aplicación de lo dispuesto en la primera parte (aunque presuntamente emitida por el delito por el que se pide la extradición) tenga en realidad por objeto enjuiciarla o castigarla en razón de su raza, religión, nacionalidad, género, orientación sexual u opiniones políticas, o b) cuando, en caso de ser extraditada, la persona en cuestión pudiera no ser objeto de un juicio imparcial, o ser castigada, recluida o sufrir restricciones de su libertad personal, en razón de su raza, religión, nacionalidad, género, orientación sexual u opiniones políticas”).

⁶⁰⁰ 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.

⁶⁰¹ Véase Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 13, párr. 7.

extradición de una persona, cabe explicar la diferencia entre ambas disposiciones como se expone a continuación. El aspecto central del proyecto de artículo 5 es impedir la extradición de una persona por cualquier presunto delito a un lugar en el que estaría en peligro de ser víctima de un crimen de lesa humanidad. El aspecto central del párrafo 11 del proyecto de artículo 13 es la extradición de una persona que presuntamente ha cometido un crimen de lesa humanidad, y en él se deja claro que el proyecto de artículos no impone al Estado requerido obligación alguna de extraditar si considera que la solicitud se ha presentado por motivos inadmisibles con arreglo al derecho internacional.

Debida consideración a la solicitud del Estado en que se cometió el delito

31) El párrafo 12 del proyecto de artículo 13 dispone que el Estado requerido “tomará debidamente en consideración” la solicitud de extradición del Estado en el territorio bajo cuya jurisdicción se haya cometido el presunto delito.

32) El Estado en que se haya cometido el presunto delito puede ser el que esté en mejores condiciones de iniciar el procedimiento si es el lugar principal en que se encuentran las víctimas, los testigos u otras pruebas relacionadas con el delito. A este respecto, se ha observado que la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948, se centra en el enjuiciamiento de los presuntos infractores “por un tribunal competente del Estado *en cuyo territorio el acto fue cometido*, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción”⁶⁰². El Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 contiene una disposición que establece lo siguiente:

A reserva de los derechos y obligaciones establecidos por los Convenios y por el párrafo 1 del artículo 85 del presente Protocolo, y cuando las circunstancias lo permitan, las Altas Partes contratantes cooperarán en materia de extradición. Tomarán debidamente en consideración la solicitud del Estado en cuyo territorio se haya cometido la infracción alegada⁶⁰³.

Además, en la práctica, el sistema de complementariedad del Estatuto de Roma⁶⁰⁴ suele dar prioridad al Estado en que se cometió el delito (o al Estado de nacionalidad del presunto infractor, que a menudo es el mismo) si ese Estado puede y desea ejercer su competencia.

Consultas previas a la denegación de la extradición

33) El párrafo 13 del proyecto de artículo 13 establece que, antes de denegar la extradición, el Estado requerido “consultará, cuando proceda, 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, cuando el Estado requerido haya decidido someter el asunto a sus propias autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento o cuando no se pueda celebrar consultas 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.

⁶⁰² Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, art. VI (sin cursiva en el original).

⁶⁰³ Protocolo adicional I, art. 88, párr. 2.

⁶⁰⁴ Estatuto de Roma, art. 17, párr. 1 (“La Corte [...] resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando: a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que este no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo”).

34) El párrafo 13 está inspirado en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000⁶⁰⁵, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003⁶⁰⁶, 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”.

Solicitudes de extradición múltiples

35) Los tratados que abordan la extradición con carácter general o en el contexto de delitos específicos 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”⁶⁰⁷.

36) 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 que no fuera la obligación de la debida consideración establecida en el párrafo 12. Aun así, cuando se produce una situación de ese tipo, el Estado puede tener en cuenta diversos factores al ejercer sus facultades discrecionales. 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”⁶⁰⁸. 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”⁶⁰⁹.

Doble incriminación

37) 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 requerido⁶¹⁰. 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 parte podrían diferir. Por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003, establece supuestos de tipificación obligatoria⁶¹¹ y no obligatoria⁶¹² en relación con el delito de corrupción.

⁶⁰⁵ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 16, párr. 16.

⁶⁰⁶ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 44, párr. 17.

⁶⁰⁷ Tratado Modelo de Extradición de las Naciones Unidas, art. 16.

⁶⁰⁸ Código Orgánico Integral Penal, art. 405.

⁶⁰⁹ Véase, por ejemplo, decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002, art. 16, párr. 1.

⁶¹⁰ 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”).

⁶¹¹ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, arts. 15; 16, párr. 1; 17; 23 y 25.

⁶¹² *Ibid.*, arts. 16, párr. 2; 18 a 22 y 24.

38) 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 parte a adoptar las medidas necesarias para asegurar que constituyan delito en el 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 parte, de modo que no hay necesidad de imponer el requisito de doble incriminación. Si bien puede haber algunas diferencias marginales entre dos Estados en cuanto a la manera en que su legislación han incorporado el delito, sigue siendo innecesario imponer el requisito de la doble incriminación, ya que ese requisito permite tales diferencias, siempre que, en sus aspectos sustanciales, el delito esté tipificado en ambas jurisdicciones. Otro motivo es que los tratados centrados en un determinado tipo de delito 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.

39) El presente proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad define dichos crímenes en el proyecto de artículo 2 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 Estado⁶¹³. Así pues, cuando un Estado remite 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 este proyecto de artículo.

2. En el caso de 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, 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.

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

⁶¹³ El proyecto de artículo 2, párrafo 3, establece que el proyecto de artículos se entenderá 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 2, párrafos 1 y 2, no se referiría a uno de los delitos comprendidos en el presente proyecto de artículos.

- 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 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 que no sea contraria al derecho interno 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 derecho interno, 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 entre los Estados interesados.

8. El proyecto de anexo del presente proyecto de artículos se aplicará a las solicitudes que se formulen con arreglo a este 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.

9. Los Estados considerarán, cuando proceda, la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos con mecanismos internacionales establecidos por las Naciones Unidas o por otras organizaciones internacionales que tengan el mandato de recabar pruebas relacionadas con crímenes de lesa humanidad.

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 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. Por ejemplo, algunos tratados contienen disposiciones relativas a la asistencia judicial recíproca en relación con el enjuiciamiento de crímenes de guerra⁶¹⁴.

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 de esa índole, en muchos casos no hay tratados de asistencia judicial recíproca entre el Estado requirente y el Estado requerido⁶¹⁵. 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. Los párrafos 1 a 8 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 más abajo, el proyecto de artículo 14 y el proyecto de anexo son de aplicación tanto al Estado requirente como al Estado requerido si no existe un tratado de asistencia judicial recíproca entre ellos. En caso de que exista, se aplicará ese tratado, salvo en los casos siguientes: a) si determinados párrafos del proyecto de artículo 14 requieren la prestación de un nivel de asistencia superior al previsto en el otro tratado de asistencia judicial recíproca, esos párrafos también serán de aplicación; y b) el proyecto de anexo también será de aplicación si el Estado requirente y el Estado requerido convienen en utilizarlo para facilitar la cooperación.

4) Las disposiciones detalladas sobre la asistencia judicial recíproca del proyecto de artículo 14 y el proyecto de anexo figuran asimismo en varias convenciones recientes que se ocupan de delitos específicos. Si bien también hay precedentes de disposiciones menos detalladas⁶¹⁶, parece que los Estados se sienten atraídos por las disposiciones más detalladas, como puede verse en los antecedentes de la redacción 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 párrafos⁶¹⁷. Sin embargo, ya al principio, los Estados negociadores

⁶¹⁴ Véanse, por ejemplo, Protocolo adicional I, art. 88, párr. 1 (“Las Altas Partes contratantes se prestarán la mayor asistencia posible en lo que respecta a todo proceso penal relativo a las infracciones graves de los Convenios o del presente Protocolo”); Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, art. 19, párr. 1 (“Las Partes se prestarán la mayor asistencia posible en relación con cualquier investigación, proceso penal o procedimiento de extradición relacionados con las infracciones indicadas en el Artículo 15, comprendida la asistencia con miras a la obtención de las pruebas necesarias para el procedimiento de que dispongan”). Véase también CICR, *Commentary on the First Geneva Convention*, 2016, párrs. 2892 y 2893 (sobre el artículo 49).

⁶¹⁵ 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”).

⁶¹⁶ 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.

⁶¹⁷ 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.

decidieron⁶¹⁸ 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 1988⁶¹⁹. 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 1999⁶²⁰.

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 Estado requerido⁶²¹. 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 mediados de 2019, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000, tenía 190 Estados parte y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003, 186 Estados parte. Ningún Estado parte en estas Convenciones ha formulado reservas con respecto a la redacción o el contenido del artículo sobre la 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 Delito⁶²².

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 pertinentes exista o no un tratado de asistencia judicial recíproca entre los dos Estados de que se trate y recoger en el proyecto de anexo disposiciones que se aplican únicamente cuando no existe ningún tratado de esa índole (aunque, incluso en ese caso, la aplicación del proyecto de anexo puede ser 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 de manera automática únicamente en determinadas situaciones. Además, como se explica más abajo, 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, como obligación general, que los Estados parte “se prestarán 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 2003⁶²³, excepto en la referencia a “los delitos comprendidos en el presente

⁶¹⁸ *Ibid.* (sugerencias de Australia y Austria).

⁶¹⁹ Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, art. 7.

⁶²⁰ 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, art. 7, párr. 5, y arts. 12 a 16. Lo más habitual es que las disposiciones sobre asistencia judicial recíproca estén agrupadas en un solo artículo.

⁶²¹ 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, 2ª ed., 2017), págs. 237 a 241.

⁶²² Véase 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.

⁶²³ 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 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 18, párr. 1; Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de

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 la forma en que se trata a las personas jurídicas en relación con los delitos, diferencias que también dieron lugar a la formulación que figura en el proyecto de artículo 6, párrafo 8. Dadas esas 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, de 2003⁶²⁴, con excepción de tres cambios. En primer lugar, la cláusula final del artículo 46, párrafo 2, se ha trasladado al inicio del proyecto de artículo 14, párrafo 2, a fin de dejar claro desde el principio que ese párrafo se refiere a la asistencia judicial recíproca en relación con las personas jurídicas. En segundo lugar, la referencia a esa cláusula se ha ajustado en consonancia con el proyecto de artículos. En tercer lugar, se han añadido las palabras “y de otra índole” a “investigaciones, procesos y actuaciones judiciales y de otra índole”. Este tercer cambio se consideró útil habida cuenta de 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. La expresión “cualquiera de los fines siguientes” hace referencia a uno o varios de tales fines. 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 asistencia judicial recíproca multilaterales⁶²⁵ y bilaterales⁶²⁶. De hecho, esos términos son lo

Estupeficientes y Sustancias Sicotrópicas, art. 7, párr. 1, y Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, art. 12, párr. 1.

⁶²⁴ 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. 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* (Nueva York, Naciones Unidas, 2010), 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.

⁶²⁵ Véanse, por ejemplo, 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; Tratado sobre Asistencia Judicial Recíproca en Asuntos Penales de la 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 Estupeficientes y Sustancias Sicotrópicas, art. 7, párr. 2, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 18, párr. 3.

⁶²⁶ Véanse, por ejemplo, el Tratado Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales de las Naciones Unidas, resolución 45/117 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990 (enmendada

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 que no sea contraria al derecho interno 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 parte que no incluyan las formas de cooperación enumeradas en el párrafo 3 “quedan complementados automáticamente por esas formas de cooperación”⁶²⁷. 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) A ese respecto, 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 han de ser tenidas en cuenta las consideraciones relacionadas con la vida privada de esas personas, y las palabras “otras personas” han de 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. Esa modificación se consideró apropiada 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 anexo⁶²⁸. 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, ante 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 2003⁶²⁹; se consideró que esa lista 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)⁶³⁰, ya que hacen referencia a

posteriormente por la resolución 53/112 de la Asamblea General de 9 de diciembre de 1998), 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.

⁶²⁷ *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).

⁶²⁸ El párrafo 16 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.

⁶²⁹ 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”).

⁶³⁰ *Ibid.*, 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”).

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”⁶³¹, 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 2003⁶³² y una formulación similar aparece en otros tratados multilaterales y bilaterales sobre asistencia judicial recíproca⁶³³. Aunque puede que una disposición de esta índole no sea por regla general 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 bancos⁶³⁴.

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 2003⁶³⁵, no obliga a los Estados a adoptar ninguna medida concreta al respecto, los alienta 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 ello podría ayudar a este a emprender o concluir con éxito investigaciones, procesos y actuaciones judiciales o podría dar lugar a una solicitud formulada por este último Estado. Innovadora cuando se utilizó por primera vez en la Convención de las Naciones Unidas

⁶³¹ *Ibid.*, art. 46, párr. 3 c).

⁶³² 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. 245 y 246.

⁶³³ Véanse, por ejemplo, Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, art. 7, párr. 5; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 18, párr. 8; Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, art. 12, párr. 2; Tratado Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales, art. 4, párr. 2, y Tratado sobre Asistencia Judicial Recíproca en Asuntos Penales de la ASEAN, art. 3, párr. 5.

⁶³⁴ En el Tratado Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales 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*, págs. 196 a 198.

⁶³⁵ 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.

contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000⁶³⁶, 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 derecho interno”. En la práctica, los Estados llevan a cabo con frecuencia este tipo de intercambios oficiosos de información⁶³⁷.

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 transmitida⁶³⁸. 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.

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 entre los Estados interesados”. En otras palabras, las obligaciones establecidas en los tratados de asistencia judicial recíproca existentes entre ambos Estados seguirán siendo de aplicación⁶³⁹, no obstante la existencia del proyecto de artículo 14. Al mismo tiempo, en caso de que determinados párrafos del proyecto de artículo 14 requieran la prestación de un nivel superior de asistencia al previsto en el otro tratado de asistencia judicial recíproca, también se aplicarán las obligaciones enunciadas en esos párrafos⁶⁴⁰. Esta disposición se basa en la formulación empleada en tratados anteriores que se ocupan de delitos⁶⁴¹.

⁶³⁶ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 18, párr. 4.

⁶³⁷ *Estado de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, págs. 244 y 245.

⁶³⁸ 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”. Véase 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), párr. 37.

⁶³⁹ Párr. 1) del comentario al art. 10, *Anuario...*, 1972, vol. II, pág. 350 (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 parte en el proyecto que se examina”).

⁶⁴⁰ Véase, por ejemplo, *Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas*, págs. 150 y 151, párr. 7.20 (en relación con el párrafo 6 del artículo 7: “[L]as 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”).

⁶⁴¹ 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 Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, art. 7, párr. 6, y Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 18, párr. 6.

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 2003⁶⁴², 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) El párrafo 9 del proyecto de artículo 14 dispone que “[l]os Estados considerarán, cuando proceda, la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos con mecanismos internacionales establecidos por las Naciones Unidas o por otras organizaciones internacionales que tengan el mandato de recabar pruebas relacionadas con crímenes de lesa humanidad”. En el Protocolo adicional I de los Convenios de Ginebra de 1949 puede encontrarse un precedente que aborda la cooperación entre los Estados y las Naciones Unidas en situaciones de comisión de delitos graves⁶⁴³. Si bien el párrafo 9 no se refiere a la asistencia judicial recíproca “horizontal” entre Estados, que es el objetivo primordial del proyecto de artículo 14, esa cooperación en relación con el castigo es importante y complementaría la cooperación entre los Estados y las organizaciones internacionales abordada en el proyecto de artículo 4 en el contexto de la prevención. Se ha observado que algunos Estados requieren facultades legales o un marco formal para cooperar con esos mecanismos internacionales⁶⁴⁴. En el párrafo 9 se alienta a los Estados a que consideren la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos que permitan esa cooperación. No obstante, al igual que el párrafo 5 de este proyecto de artículo, el párrafo 9 no obliga a los Estados a adoptar ninguna medida concreta a este respecto.

22) El párrafo 9 no tiene por objeto la cooperación de los Estados con las cortes o tribunales penales internacionales, que tienen el mandato de enjuiciar a los presuntos infractores. Esa cooperación sigue rigiéndose por los instrumentos constitutivos de esas cortes y tribunales y por la relación jurídica de cada Estado con ellos.

23) 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 2003⁶⁴⁵. Como se ha señalado anteriormente, en el presente proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad esos crímenes se definen en el proyecto de artículo 2 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” que constituyan “crímenes de lesa humanidad” estén tipificados en el derecho penal nacional de cada 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.

⁶⁴² Véanse Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, art. 7, párr. 7, y 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.

⁶⁴³ Protocolo adicional I, art. 89 (“En situaciones de violaciones graves de los Convenios o del presente Protocolo, las Altas Partes contratantes se comprometen a actuar, conjunta o separadamente, en cooperación con las Naciones Unidas y en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”).

⁶⁴⁴ Véase el informe del Mecanismo Internacional, Imparcial e Independiente para Ayudar en la Investigación y el Enjuiciamiento de los Responsables de los Delitos de Derecho Internacional Más Graves Cometidos en la República Árabe Siria desde Marzo de 2011 (A/73/295), párr. 39.

⁶⁴⁵ 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”).

Artículo 15

Solución 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 de la solución 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 el castigo de los crímenes de lesa humanidad. Cuando se tratan de resolver esas controversias, ello tiene lugar en el contexto de una obligación relativa a la solución de controversias que no es específica para esos delitos⁶⁴⁶. 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 imparcial⁶⁴⁷, la excepción de cosa juzgada (*ne bis in idem*)⁶⁴⁸, el principio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali* (“ningún delito, ninguna pena sin ley previa”)⁶⁴⁹ y la legalidad de las disposiciones sobre amnistía⁶⁵⁰.

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 2003⁶⁵¹. Los trabajos

⁶⁴⁶ 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.*, págs. 320 y 321, párr. 30.

⁶⁴⁷ *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 ECHR 2001-II (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, ECHR 2001-II (fragmentos) (voto particular concurrente del Juez Loucaides).

⁶⁴⁸ *Almonacid-Arellano*, sentencia, 26 de septiembre de 2006 (véase nota 24 *supra*), párr. 154.

⁶⁴⁹ *Kolk and Kislyiy v. Estonia*, demandas núms. 23052/04 y 24018/04, resolución sobre la admisibilidad de 17 de enero de 2006, Cuarta Sección, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ECHR 2006-I.

⁶⁵⁰ *Barríos Altos Vs. Perú*, sentencia de 14 de marzo de 2001 (véase nota 479 *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* (véase la nota 479 *supra*), párrs. 130 a 136.

⁶⁵¹ Véanse también Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 35, párr. 1, y Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas,

preparatorios sobre la disposición equiparable de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000, 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”⁶⁵².

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 solución de controversias. Aunque no hay medios ni plazos prescritos para llevar a cabo esa negociación, los Estados deben intentar verdaderamente entablar negociaciones⁶⁵³ y no simplemente denunciar la conducta de otros Estados⁶⁵⁴. Si fracasa la negociación, la mayoría de los tratados que se ocupan de delitos tipificados en el derecho interno obligan a los Estados demandantes a someterse a arbitraje antes de plantear la controversia ante la Corte Internacional de Justicia⁶⁵⁵. No 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 solucionar las controversias⁶⁵⁶.

Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 15, párr. 1.

- ⁶⁵² 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 periodo de sesiones, Viena, 17 a 28 de julio de 2000 (A/AC.254/33), párr. 34.
- ⁶⁵³ 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 genuino 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* (nota 23 *supra*), 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, *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”).
- ⁶⁵⁴ 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.
- ⁶⁵⁵ Véanse, por ejemplo, Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, art. 12, párr. 1; Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, art. 13, párr. 1; Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, art. 16, párr. 1; Convención contra la Tortura, art. 30, párr. 1; Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, art. 22, párr. 1; Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, art. 20, párr. 1; Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, art. 24, párr. 1; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 35, 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. 15, párr. 2, y 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 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.
- ⁶⁵⁶ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, art. IX. Véase también Convención de la OUA sobre la Prevención y la Lucha contra el Terrorismo, art. 22, párr. 2.

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 los demás “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 la solución de controversias entre Estados permiten que un Estado parte opte por quedar excluido de la solución obligatoria de controversias⁶⁵⁷. 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, a mediados de 2019 la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003, contaba con 186 Estados parte, de los cuales más de 40 han comunicado que no se consideran vinculados por el párrafo 2 del artículo 66⁶⁵⁸.

5) Los tratados que contienen una disposición de esa índole suelen precisar que la declaración puede hacerse a más tardar en el momento en que el Estado expresa su consentimiento en quedar obligado por el tratado. De conformidad con la práctica de la Comisión, y antes de que los Estados decidan si el presente proyecto de artículos se utiliza como base para una convención, la Comisión no ha incluido en el texto las fórmulas características de los tratados (por ejemplo, que esa declaración habrá de hacerse a más tardar en el momento de la ratificación, aceptación o aprobación de la convención por el Estado parte o de su adhesión a ella).

6) 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 interno y prevén la solución de controversias entre los Estados también contienen una disposición de este tipo⁶⁵⁹. 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”.

Anexo

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

⁶⁵⁷ Véanse, por ejemplo, Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, art. 12, párr. 2; Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, art. 13, párr. 2; Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, art. 16, párr. 2; Convención contra la Tortura, art. 30, párr. 2; Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, art. 22, párr. 2; Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, art. 20, párr. 2; Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, art. 24, párr. 2; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 35, párr. 3; 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 Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 42, párr. 2.

⁶⁵⁸ 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”.

⁶⁵⁹ Véanse, por ejemplo, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 35, párr. 4; 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 Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 42, párr. 3.

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 interno o para facilitar dicho cumplimiento.

Respuesta a la solicitud por el Estado requerido

6. Se dará cumplimiento a toda solicitud con arreglo al derecho interno 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 interno 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 interno, 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 interno, 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 requerían 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 interno, 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) Como se indica en el proyecto de artículo 14, párrafo 8, tanto ese proyecto de artículo como el proyecto de anexo son de aplicación a los Estados requirente y requerido si no media entre ellos un tratado de asistencia judicial recíproca. Cuando exista un tratado de esa índole entre ellos, el proyecto de anexo se aplicará también únicamente si el Estado requirente y el Estado requerido deciden hacerlo para facilitar la cooperación.

2) El proyecto de anexo es parte integrante del proyecto de artículos. Por ello, su párrafo 1 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 mismo⁶⁶⁰. Este párrafo se basa en el artículo 46, párrafo 13, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003⁶⁶¹. En 2017, todos los Estados parte en esa Convención, excepto ocho, habían designado una autoridad central⁶⁶².

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 2003⁶⁶³.

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.

⁶⁶⁰ Véase 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), párr. 40.

⁶⁶¹ 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.

⁶⁶² *Estado de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, pág. 248.

⁶⁶³ 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 Organizada Transnacional, art. 18, párr. 14. Véase también *Estado de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, págs. 251 y 252.

Este párrafo se basa en el artículo 46, párrafo 15, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003⁶⁶⁴.

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 interno 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 determinada⁶⁶⁵. Este párrafo se basa en el artículo 46, párrafo 16, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003⁶⁶⁶.

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 interno 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 adaptado 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 2003⁶⁶⁷.

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 2003⁶⁶⁸.

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, párrafo 21, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003⁶⁶⁹. En

⁶⁶⁴ 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*, págs. 154 y 155, párrs. 7.30 a 7.33.

⁶⁶⁵ Véase *Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas*, pág. 155, párr. 7.34.

⁶⁶⁶ 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.

⁶⁶⁷ 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.

⁶⁶⁸ Véase también Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 18, párr. 24.

⁶⁶⁹ 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.1959, págs. 4 y 5; *Comentarios a la*

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 interno del Estado requerido prohíba a sus autoridades actuar en la forma solicitada con respecto a un delito análogo” si estuviera 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)⁶⁷⁰.

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 por qué ha sido denegada 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 2003⁶⁷¹.

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 2003⁶⁷².

14) El párrafo 11 del proyecto de anexo establece que el Estado requerido, antes de denegar una solicitud, “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”. 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 deben celebrarse consultas sobre un posible aplazamiento de solicitudes de asistencia judicial recíproca⁶⁷³. No obstante, en la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000, se amplía la aplicación de esta disposición, de modo que también

Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, págs. 158 a 160, párrs. 7.46 a 7.51. Véase también *Notas interpretativas para los documentos oficiales* (travaux préparatoires) de la negociación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (A/55/383/Add.1), párr. 42.

⁶⁷⁰ Véase *Notas interpretativas para los documentos oficiales* (travaux préparatoires) de la negociación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (A/55/383/Add.1), párr. 42.

⁶⁷¹ 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.

⁶⁷² 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 de las Naciones Unidas, art. 4, párr. 3.

⁶⁷³ Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, art. 7, párr. 17.

incluye la denegación de asistencia⁶⁷⁴. Este planteamiento se reprodujo en el artículo 46, párrafo 26, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003⁶⁷⁵, 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 2003⁶⁷⁶.

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 exculpatoria 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 derecho interno), 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 2003⁶⁷⁷.

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 2003⁶⁷⁸.

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

⁶⁷⁴ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 18, párr. 26.

⁶⁷⁵ 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”).

⁶⁷⁶ Véase también Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 18, párr. 29.

⁶⁷⁷ 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.

⁶⁷⁸ 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.

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 2003⁶⁷⁹.

21) En el párrafo 16 del proyecto de anexo se aborda la cuestión del testimonio de testigos mediante videoconferencia, una tecnología eficaz en función de los costes y 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 interno”, 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 2003⁶⁸⁰. En el informe de 2017 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 [...] se ha reconocido generalmente como un instrumento útil para ahorrar tiempo y gastos en el contexto de la asistencia judicial recíproca en asuntos penales, así como para superar dificultades prácticas, como cuando la persona cuyo testimonio se solicita no puede o no está dispuesta a viajar al país extranjero para prestar testimonio. La videoconferencia es permisible con arreglo a la legislación interna de la mayoría de los Estados partes...⁶⁸¹.

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 desee trasladar desde el Estado requerido a 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 relación con actuaciones penales o con el cumplimiento de una 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 judiciales”. Este párrafo se basa en el artículo 46, párrafo 10, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003⁶⁸².

⁶⁷⁹ 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 de las Naciones Unidas, 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.

⁶⁸⁰ Véanse también Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 18, párr. 18; Notas interpretativas para los documentos oficiales (*travaux préparatoires*) de la negociación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (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.

⁶⁸¹ *Estado de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, pág. 253.

⁶⁸² 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; *Notas interpretativas para los documentos oficiales (travaux préparatoires) de la*

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 2003⁶⁸³.

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 2003⁶⁸⁴.

Gastos

26) En el párrafo 20 del proyecto de anexo se aborda la cuestión de los gastos 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 oración 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 2003⁶⁸⁵.

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 oración permiten a las partes acordar una desviación de la regla general, aun respecto de los costos ordinarios⁶⁸⁶.

28) En una nota a pie de página en el Tratado Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales de las Naciones Unidas se indica:

negociación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (A/55/383/Add.1), párr. 39.

⁶⁸³ 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.

⁶⁸⁴ 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.

⁶⁸⁵ 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 de las Naciones Unidas, art. 20.

⁶⁸⁶ *Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas*, pág. 162, párr. 7.57.

[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 expertos⁶⁸⁷.

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 artículo⁶⁸⁸.

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 artículo⁶⁸⁹.

⁶⁸⁷ Tratado Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales de las Naciones Unidas, art. 20, nota 27.

⁶⁸⁸ Notas interpretativas para los documentos oficiales (*travaux préparatoires*) de la negociación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y sus protocolos (A/55/383/Add.1), párr. 43.

⁶⁸⁹ 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.