

se desprende claramente que la naturaleza del tribunal es fundamentalmente nacional, el acto de enviar al acusado será considerado una extradición, mientras que si la naturaleza preponderante del tribunal es internacional, se considerará una entrega. Si bien esa cuestión debe determinarse caso por caso, puede que la Comisión desee incluir en los comentarios alguna orientación sobre los elementos que determinan la naturaleza del tribunal. La inclusión de la forma de la «triple alternativa» de *aut dedere aut iudicare* en el proyecto de artículos requerirá que se redacten cuidadosamente las correspondientes disposiciones sobre la relación con otras cortes y tribunales internacionales, especialmente la Corte Penal Internacional.

18. En lo que al proyecto de artículo 10 se refiere, el orador opina que se debe dejar que cada Estado determine, de conformidad con su ordenamiento jurídico interno, si se juzga a una persona en tribunales militares o especiales. Lo relevante será la naturaleza del proceso, es decir, si todas las fases del juicio se caracterizan por la imparcialidad, con independencia de la naturaleza del tribunal en sí. Dado que muchos Estados aún atribuyen competencias a sus tribunales especiales o militares para que conozcan de los delitos más graves, toda exclusión categórica de la competencia de esos tribunales podría resultar restrictiva. Quizá se podrían ofrecer mayores garantías si se confriera un mandato a un órgano encargado de vigilar la aplicación de los tratados para que supervisara la obligación de celebrar juicios imparciales. En conclusión, el orador apoya que se remitan los proyectos de artículo al Comité de Redacción.

19. El Sr. KITTICHAISAREE, en alusión a la frase «asistir o contribuir de algún otro modo a la comisión [...] de tal crimen» del proyecto de artículo 5, párrafo 1, dice que, si bien varios ordenamientos jurídicos prevén el concepto de «asociación para delinquir», tal vez no lleguen a dar cabida a la tercera forma, ampliada, de la asociación para delinquir, la más polémica. Se pregunta si la Comisión debe tomar posición al respecto. El Relator Especial podría quizás analizar en detalle la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales *ad hoc* y el hecho de que exista la correspondiente práctica en el derecho interno. Dependerá de su práctica nacional que las partes en el proyecto de convención sobre crímenes de lesa humanidad acepten el concepto de asociación para delinquir en su derecho interno; no obstante, la Comisión tendrá que advertirles de que, si aceptan la tercera forma ampliada, tendrán que respetar la norma de legalidad.

*Se levanta la sesión a las 10.55 horas.*

## 3298ª SESIÓN

*Viernes 13 de mayo de 2016, a las 10.00 horas*

*Presidente:* Sr. Pedro COMISSÁRIO AFONSO

*Miembros presentes:* Sr. Caffisch, Sr. Candioti, Sr. El-Murtadi Suleiman Gouider, Sra. Escobar Hernández, Sr. Forteau, Sr. Hassouna, Sr. Hmoud, Sr. Huang, Sra. Jacobsson, Sr. Kittichaisaree, Sr. Kolodkin,

Sr. Laraba, Sr. McRae, Sr. Murase, Sr. Murphy, Sr. Niehaus, Sr. Nolte, Sr. Park, Sr. Peter, Sr. Petrič, Sr. Saboia, Sr. Singh, Sr. Tladi, Sr. Valencia-Ospina, Sr. Vázquez-Bermúdez, Sr. Wako, Sr. Wisnumurti, Sir Michael Wood.

### Crímenes de lesa humanidad (*continuación*) (A/CN.4/689, cap. II, secc. C, A/CN.4/690, A/CN.4/698, A/CN.4/L.873 y Add.1)

[Tema 9 del programa]

#### SEGUNDO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a proseguir con el examen del segundo informe sobre los crímenes de lesa humanidad (A/CN.4/690).

2. El Sr. HASSOUNA felicita al Relator Especial por su segundo informe sobre los crímenes de lesa humanidad. Este documento claro, estructurado y dotado de sólidos fundamentos permitirá a la Comisión avanzar en sus trabajos apoyándose en las propuestas que en él se formulan. Si bien voluminoso, contiene análisis detallados que ayudarán a los Estados a decidir si desean aprobar una nueva convención basada en los proyectos de artículo propuestos, ratificar dicho instrumento e incorporar las disposiciones en su ordenamiento jurídico interno. El orador también desea felicitar al Relator Especial por sus esfuerzos para explicar el proyecto a Estados, organizaciones e instituciones. En concreto, en el seminario de derecho internacional para Estados árabes organizado por las Naciones Unidas en noviembre de 2015 en El Cairo, el Relator Especial debatió la cuestión de los crímenes de lesa humanidad con representantes de los Estados árabes y con el Secretario General de la Liga de los Estados Árabes. Estos contactos directos son extremadamente útiles, puesto que ofrecen una oportunidad para convencer a los Estados de la importancia y la pertinencia de una convención sobre los crímenes de lesa humanidad a fin de que sea objeto de amplia aceptación y aplicación.

3. En el transcurso de los debates mantenidos en la Sexta Comisión en 2015, numerosos Estados se mostraron partidarios de elaborar un proyecto de artículos con miras a aprobar una nueva convención sobre los crímenes de lesa humanidad. Otros plantearon una iniciativa para elaborar una nueva convención en materia de auxilio judicial y extradición que, además de los crímenes de lesa humanidad, abarque todos los crímenes internacionales más graves. El Relator Especial querrá quizás explicar a la Comisión en qué consiste esta iniciativa y cómo se articulará con el proyecto de artículos examinado para evitar solapamientos y contradicciones y asegurar la complementariedad de ambos textos.

4. A modo de observación general, el orador señala que los nuevos proyectos de artículo propuestos por el Relator Especial ponen de relieve algunos de los principales objetivos de la futura convención, tales como la obligación de los Estados de adoptar medidas para reprimir los crímenes de lesa humanidad en su derecho interno, el refuerzo de la cooperación entre Estados, la obligación de velar por que todos los sospechosos, con independencia

de su rango o su condición, respondan de sus actos ante la justicia y la aclaración del alcance de la obligación de juzgar o extraditar. La mayoría de las disposiciones no responden a la codificación, sino que el Relator Especial se ha inspirado en instrumentos internacionales sobre otros delitos distintos de los crímenes de lesa humanidad para elaborar los proyectos de artículo; en este sentido, conviene tener presentes la especificidad de los delitos de los que se ocupan estos instrumentos y el contexto particular en el que cada uno de ellos fue aprobado, y velar por que los proyectos de artículo propuestos sean claros y compatibles con las disposiciones de dichos instrumentos.

5. En relación con el proyecto de artículo 5, el Relator Especial indica en el párrafo 55 del informe que todas las jurisdicciones que recogen los crímenes de lesa humanidad prevén circunstancias eximentes de la responsabilidad penal, por ejemplo la enfermedad mental. Así pues, habría que precisar en el proyecto de artículo que los Estados gozan de discrecionalidad para adoptar medidas a fin de que se tengan en cuenta las circunstancias atenuantes en el procedimiento por crímenes de lesa humanidad. En cuanto a la expresión «penas apropiadas» que figura en el proyecto de artículo 5, párrafo 3 c, sería útil que su correspondiente comentario precisara la naturaleza de las penas que pueden considerarse proporcionales a la gravedad del delito, puesto que así se podrían armonizar las penas y evitar que un Estado con una legislación menos dura se convierta en un refugio para los autores de crímenes de lesa humanidad. También haría falta aclarar si se aplica el principio de irretroactividad y si las penas previstas pueden ser impuestas cuando los crímenes de lesa humanidad empezaron a cometerse antes de la fecha de entrada en vigor de la legislación aplicable pero siguieron siendo perpetrados con posterioridad a dicha fecha.

6. El proyecto de artículo 6 establece diferentes tipos de competencia pero no marca la jerarquía en los casos en que diversos Estados se declaran competentes. Por ello, debería prever un orden de prelación que dirima los casos en que se entablan varias peticiones de extradición concurrentes, puesto que ello contribuiría a reforzar la cooperación entre Estados y a agilizar el examen de los casos relacionados con crímenes de lesa humanidad. El orador desea mencionar un caso reciente que se refiere a la competencia en materia de crímenes de lesa humanidad: el procedimiento incoado en Francia el 10 de mayo de 2016 por crímenes cometidos en Rwanda en 1994. Los dos acusados, antiguos alcaldes de localidades rwandesas, se encontraban en territorio francés en el momento en que se abrió una investigación judicial. Este es, pues, un caso de competencia basada en el hecho de que el sospechoso se halla en el territorio del Estado.

7. El proyecto de artículo 7 prevé la obligación de proceder a una investigación «siempre que haya motivos para creer» que se han cometido crímenes de lesa humanidad, lo que lleva a preguntarse quién determina si se han perpetrado tales crímenes y si dicha determinación es de naturaleza objetiva o subjetiva. También podría resultar necesario llevar a cabo una investigación, aunque un Estado afirmara que no hay «motivos para creer» que se requiera una investigación de un delito cometido.

8. En lo que al proyecto de artículo 8 se refiere, se tendría que especificar con claridad que la investigación mencionada en el párrafo 1 de este proyecto y la investigación prevista en el proyecto de artículo 7, párrafo 1, son dos cosas bien distintas. Por ello, el orador propone que se empleen términos diferentes para evitar todo riesgo de confusión. Habría que completar asimismo el proyecto de artículo 8, párrafo 3, indicando que el Estado informará a los otros Estados de las conclusiones de la investigación «sin demora» o «dentro de un plazo razonable».

9. En cuanto al proyecto de artículo 9, que trata de la obligación de extraditar o juzgar, el orador señala que el párrafo 161 del informe remite al fallo dictado por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, en la que la Corte subrayó que había ciertos factores, tales como las dificultades financieras o de aplicación de una convención, que no podían ser alegados por un Estado para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales. ¿Cuáles podrían ser entonces los factores que justificaran tales incumplimientos? De haberlos, ¿debería regirse esta cuestión por el derecho interno de los Estados? Asimismo, se podría precisar que la extradición de un sospechoso debe atenerse a las convenciones en materia de extradición vigentes.

10. En relación con el trato justo que debe recibir la persona sospechosa de haber cometido crímenes de lesa humanidad y la protección de sus derechos, en el párrafo 192 del segundo informe del Relator Especial se indica que cada vez está más extendida la opinión de que el concepto de «juicio imparcial» significa que, en principio, las personas sospechosas de haber cometido crímenes de lesa humanidad no deben ser juzgadas por un tribunal militar. El orador suscribe la idea de que conviene dejar a la legislación de cada Estado la forma de regular esta cuestión, a condición de que la transparencia y la equidad del procedimiento estén plenamente garantizadas. Señala además que el alcance de lo dispuesto en el proyecto de artículo 10 es mucho más limitado que el de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. A modo de ejemplo, el orador cita el fallo dictado en 2004 por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a *Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América)*, en el que la Corte concluyó que los Estados Unidos de América habían contravenido varias de las obligaciones que les imponía la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares al detener, recluir, juzgar, declarar culpables y condenar a muerte a 54 mexicanos sin permitir que México ejerciera los derechos que le reconocía el artículo 36 de la Convención. La Corte dijo que, en los casos en cuestión, los Estados Unidos habían incumplido la obligación de informar a los nacionales mexicanos de sus derechos y la de notificar a las autoridades consulares mexicanas la detención de nacionales mexicanos, de modo que privó a México del derecho a comunicarse con sus nacionales, visitarlos mientras se encontraban recluidos y organizar su defensa ante los tribunales. Habida cuenta de que deberían garantizarse todos estos derechos a las personas sospechosas de haber cometido crímenes de lesa humanidad, el orador propone que se citen en el proyecto de artículo 10.

11. Por último, en lo que respecta al programa de trabajo futuro detallado en el capítulo VII del informe, el orador

toma nota de las cuestiones que, a juicio del Relator Especial, deberían ser objeto de los próximos informes y propone añadir, en particular, las siguientes cuestiones: la responsabilidad del Estado, el *ius cogens*, las inmunidades y amnistías, la responsabilidad de las personas jurídicas (abordada parcialmente en el segundo informe), las reservas, la aplicación de las normas imperativas de la convención y las reglas de interpretación. Todas estas cuestiones deberían ser tratadas en función de su pertinencia y de la importancia que revisten para el tema de los crímenes de lesa humanidad. En este sentido, sería también útil estudiar, por una parte, la relación entre una convención sobre los crímenes de lesa humanidad y el concepto de la responsabilidad de proteger y, por otra, las relaciones entre la futura convención y los instrumentos vigentes, las resoluciones del Consejo de Seguridad y la jurisprudencia en los asuntos de terrorismo. Para concluir, el orador recomienda que se remitan todos los proyectos de artículo propuestos por el Relator Especial al Comité de Redacción.

12. El Sr. NIEHAUS felicita al Relator Especial por su excelente segundo informe, que es fruto de minuciosas y profundas investigaciones en torno a un tema especialmente importante. Felicita igualmente a la Secretaría por su memorando sobre los mecanismos convencionales de vigilancia (A/CN.4/698), que representa una valiosa contribución a los trabajos de la Comisión.

13. A modo de observación general, el orador coincide con el Relator Especial cuando dice que le parece fundamental que los crímenes de lesa humanidad sean castigados por el derecho interno de los Estados. Ello debería contribuir enormemente a que se respeten las normas en la materia, aunque no haya pruebas de una garantía absoluta en este ámbito. La historia lejana y la más reciente están efectivamente repletas de ejemplos de la actitud parcial de los Estados y de la comunidad internacional respecto de los autores de crímenes de lesa humanidad cometidos en el contexto de un conflicto armado, en función de si los interesados pertenecían al bando de los vencedores o de los vencidos. Huelga decir que, gracias al desarrollo del derecho internacional y a su institucionalización, toda persona que desee denunciar crímenes de lesa humanidad puede acudir a un órgano internacional o a un tribunal regional o internacional competente, como los que se enumeran en el párrafo 11 del memorando de la Secretaría, con independencia del Estado de nacionalidad del autor de los hechos. Ahora bien, habría que mencionar en todo caso explícitamente, en el proyecto de artículo 5, que existe el riesgo de que los autores de los crímenes de lesa humanidad cometidos en el contexto de un conflicto armado no sean denunciados ni llevados ante la justicia cuando pertenecen al bando de los vencedores. Además, no se debería excluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aun cuando algunos sean partidarios de ello, puesto que tras estas personas jurídicas se esconden personas físicas que quedarían, entonces, impunes.

14. El proyecto de artículo 5, demasiado extenso a juicio del orador, trata dos cuestiones relacionadas pero diferentes: por una parte, la calificación del delito propiamente dicho y, por otra, la enumeración de las distintas medidas que deben adoptarse al respecto. Sería preferible dividir el proyecto de artículo en dos, de suerte que los párrafos 1 y 2 podrían constituir el proyecto de artículo 5,

y el párrafo 3, que se ocupa de las medidas que los Estados deben adoptar, un proyecto de artículo 5 *bis*.

15. En lo que al proyecto de artículo 6 se refiere, el orador propone suprimir la frase «o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado», que conlleva el riesgo de pensar que otros espacios, por ejemplo el mar territorial, quedan excluidos, y añadir simplemente «o espacio» después de «en cualquier territorio». El proyecto de artículo 6, párrafo 1 *a*, rezaría, en su forma enmendada, así: «El delito se cometa en cualquier territorio o espacio bajo su jurisdicción o control».

16. Por lo que al proyecto de artículo 7 respecta, tal y como ha propuesto el Sr. Hmoud, se podría hacer extensible la obligación de cooperar a todos los Estados afectados de algún modo por elementos del delito. En cuanto al proyecto de artículo 8, el orador comparte la opinión del Sr. Murase acerca de los problemas que puede comportar una investigación preliminar basada en rumores de violaciones de los derechos humanos cuando la persona investigada resulta ser inocente. Todo depende, de hecho, del grado de fiabilidad de la información recibida y de la reacción del Estado ante tal información. Así pues, se tendrá que examinar esta cuestión más adelante teniendo en cuenta la posibilidad de que una acusación carezca de fundamento y la importancia que reviste el respeto por los derechos humanos de la persona en cuestión.

17. El proyecto de artículo 9, que trata el principio *aut dedere aut iudicare*, no requiere observación particular alguna. Para concluir, en relación con el proyecto de artículo 10, si bien los principios que en él se enuncian son perfectamente acertados y lógicos, puesto que corresponden a los principios fundamentales en los que se basa todo sistema penal civilizado, no procede hacer de ellos un proyecto de artículo, motivo por el cual se podría eliminar.

18. El Sr. SABOIA, señalando que el capítulo I hace hincapié en la importancia de la criminalización en el derecho nacional y de la armonización de las diferentes legislaciones nacionales, dice que suscribe plenamente este objetivo, puesto que las actuaciones que tienen lugar en los tribunales nacionales son a menudo más eficaces y menos costosas que las entabladas ante los tribunales internacionales. No obstante, ello supone que estos procedimientos se ajusten a las normas internacionales, que el estado de derecho prevalezca y que el sistema judicial sea independiente y capaz de celebrar juicios imparciales, respetando plenamente las normas y principios internacionales relativos al enjuiciamiento de delitos graves de alcance internacional. Si se cumplen estas condiciones, es posible que los tribunales nacionales sean una solución preferible. La última nota del párrafo 15 parece además dar a entender que los tribunales nacionales están más legitimados que los tribunales internacionales. Sin embargo, la legitimidad de los tribunales nacionales, e incluso de los internacionales, tiene un carácter más bien subjetivo, es difícil de evaluar y depende esencialmente del respeto de las normas nacionales e internacionales relativas a la independencia y a la imparcialidad del sistema judicial, así como de la capacidad de dicho sistema de garantizar la celebración de juicios imparciales, en particular en el caso de crímenes de lesa humanidad.

19. El estudio sobre los crímenes de lesa humanidad en el derecho nacional citado en el párrafo 18 del informe pone de manifiesto que el 34 % de los Estados partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no han aprobado leyes nacionales relativas a los crímenes de lesa humanidad, lo que es de lamentar. Dicho esto, no se debería concluir necesariamente, como hace el Relator Especial, que estos Estados no se sienten obligados por las normas del derecho internacional consuetudinario relativas a los crímenes internacionales. Por ejemplo, en el Brasil el proyecto de ley de incorporación de estas definiciones sigue tramitándose en el Congreso, lo que no ha impedido que los jueces hayan aceptado las normas del derecho internacional consuetudinario relativas a los crímenes internacionales y hayan acudido a ellas.

20. En cuanto a los proyectos de artículo propuestos, el orador subraya que el proyecto de artículo 5, en aplicación del cual los Estados tienen la obligación de tipificar como delito los actos que, de conformidad con el proyecto de artículo 3<sup>94</sup>, sean constitutivos de un crimen de lesa humanidad, es una disposición fundamental. Si bien el proyecto de artículo 5, párrafo 2, que prevé los diferentes actos u omisiones que pueden dar lugar a la responsabilidad, no suscita ninguna objeción particular, sí haría falta, como han señalado varios miembros, recurrir en el párrafo 3, apartado *a*, el concepto de orden del Gobierno que figura en el Estatuto de Roma y en otros instrumentos. Por último, la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad está debidamente consagrada en el apartado *b* del mismo párrafo.

21. En lo que al proyecto de artículo 6 se refiere, el orador estima que los fundamentos de la competencia nacional son lo suficientemente amplios como para garantizar que se enjuicie a las personas sospechosas de haber cometido crímenes de lesa humanidad. Los proyectos de artículo 7 y 8, ambos basados en el derecho convencional y respaldados por una argumentación convincente, no dan pie a ninguna observación concreta. En cuanto al proyecto de artículo 9, se debería titular «Obligación de extraditar o juzgar», tal y como señaló con acierto el Sr. Kittichaisaree. Por último, haría falta armonizar en mayor medida la redacción del proyecto de artículo 10, párrafo 2, con la del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares utilizando expresamente las palabras «arrestado [...], detenido o puesto en prisión preventiva», así como añadir una disposición relativa a la asistencia prestada por los agentes consulares a los nacionales extranjeros para organizar su representación ante los tribunales. En conclusión, el orador aprueba la remisión de todos los proyectos de artículo al Comité de Redacción.

22. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ da las gracias al Relator Especial por su excelente segundo informe, bien documentado y cuidado, y por su presentación oral particularmente clarificadora. Coincide con el Sr. Forteau en que el informe tiene una gran extensión y aborda muchos temas, lo que hace inevitable que se produzcan algunos problemas de diversa índole. Es voluntad del Relator Especial formular proyectos de artículo sobre cada una de las numerosas cuestiones de enorme complejidad

que plantean problemas; aunque la voluntad del Relator Especial por avanzar rápidamente en los trabajos sobre este tema es loable, las consecuencias prácticas que ello tiene en el resultado final del trabajo no pueden ignorarse. Así, el examen de tantas cuestiones no siempre permite un tratamiento en profundidad de todas ellas y de cada uno de los diferentes perfiles que cada una de estas cuestiones ofrece, y, además, dificulta que la Comisión y el Comité de Redacción puedan tener un debate pormenorizado sobre el tema en el tiempo asignado. A pesar de ello, la riqueza de las cuestiones suscitadas en el segundo informe sobre los crímenes de lesa humanidad merecen ser objeto de un análisis lo más detallado posible, y la oradora, quien no duda en que la Comisión lo pueda acometer a lo largo de este período de sesiones o en el futuro, está convencida de que este estudio más detenido de los temas referidos a los crímenes de lesa humanidad permitirá ofrecer un producto sólido y útil para los Estados sobre un tema que afecta de modo determinante a la protección de los grandes valores y principios de la sociedad internacional contemporánea, en especial la lucha contra la impunidad de los más graves crímenes internacionales.

23. Pasando a los proyectos de artículo propiamente dichos, la oradora señala la falta de coherencia entre el título del artículo en español (Tipificación en el derecho nacional) y el contenido de este. En efecto, a pesar de su título, el proyecto de artículo 5 no se refiere en sentido estricto a la tipificación, es decir, conforme al Diccionario de la Real Academia Española, el acto de «definir una acción u omisión concretas, a la que se asigna una pena o sanción». Por el contrario, el Relator Especial enuncia una obligación general de adoptar medidas legislativas por parte del Estado que se refieren a cuatro cuestiones distintas: la obligación de tipificar los crímenes de lesa humanidad en los derechos nacionales; la obligación de adoptar normas que contemplen las distintas formas de responsabilidad que se pueden atribuir al individuo (autoría y participación en sus distintas manifestaciones, así como los supuestos especiales de responsabilidad de jefes militares y superiores jerárquicos) y la excepción de ciertas causas de exclusión de dicha responsabilidad («obediencia debida»); la obligación de declarar la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad; y las consecuencias derivadas de la responsabilidad individual (es decir, la obligación de imponer penas adecuadas a la gravedad de los hechos).

24. Todas estas cuestiones superan, con mucho, el concepto de «tipificación» y son abordadas en distintos tratados internacionales de forma separada. Destaca el ejemplo del Estatuto de Roma, en el que todas las cuestiones antes descritas son abordadas desde tres perspectivas distintas y, por tanto, en disposiciones distintas relativas a, respectivamente, la competencia de la Corte, la responsabilidad penal individual y los principios de derecho penal aplicables. El Relator Especial sigue un modelo distinto, consistente en agrupar en un mismo proyecto de artículo todas las dimensiones de la obligación de criminalización que incumbe a los Estados, a excepción de los aspectos relativos a la adopción de las medidas legislativas necesarias para el establecimiento de la jurisdicción nacional y la obligación *aut dedere aut iudicare*. Se trata de una opción legítima que, sin embargo, puede provocar errores y que, sobre todo, es discutible

<sup>94</sup> Anuario... 2015, vol. II (segunda parte), págs. 39 y 40.

en términos de técnica normativa. En consecuencia, sería conveniente que la Comisión analizara la posibilidad de dividir este largo proyecto de artículo en diversas disposiciones, siguiendo para ello el modelo del Estatuto de Roma. En caso de que desee mantener su actual contenido y estructura, sería necesario al menos modificar el título a fin de que refleje adecuadamente el contenido, sustituyendo en la versión española el término «tipificación» por el de «incriminación», que además se usa con frecuencia en derecho internacional general para referirse al conjunto de medidas legislativas que hacen posible que un determinado comportamiento (de naturaleza penal) pueda dar lugar al ejercicio de la jurisdicción por parte del Estado a fin de deducir la pertinente responsabilidad penal imputable al autor del delito.

25. En cuanto al contenido del proyecto de artículo 5, la oradora no comparte plenamente la distinción dentro del párrafo 2 del proyecto de artículo entre el apartado *a* y el apartado *b*, que establece un tratamiento distinto entre la responsabilidad del jefe militar y de cualquier otro superior jerárquico. Esta distinción resulta especialmente criticable en relación con los crímenes de lesa humanidad, en los cuales la presencia del conflicto armado como signo distintivo ha sido afortunadamente superada. Salvo que el Relator Especial pretenda con ello establecer regímenes jurídicos claramente separados y formas de responsabilidad distintas para el jefe militar y el superior jerárquico o jefe civil, algo que la oradora no puede compartir, sería preferible referirse simplemente al «superior jerárquico, civil o militar» y unificar en un solo párrafo el contenido de los dos apartados del párrafo 2.

26. Respecto del proyecto de artículo 5, párrafo 3, sería necesario añadir una referencia expresa a «una orden del Gobierno», fórmula que ya se contemplaba en el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996<sup>95</sup> y que fue recogida posteriormente en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. La existencia de este elemento resulta esencial a fin de cerrar el círculo de la inoponibilidad de la mal llamada excepción de la «obediencia debida», y es de notable importancia, ya que viene a consolidar el planteamiento del Estatuto de Roma, que no permite la aplicación de esta causa de exclusión de la responsabilidad a los crímenes de lesa humanidad por considerarlos manifiestamente ilícitos. Por último, la oradora desearía destacar que el proyecto de artículo 5 no contempla de forma exhaustiva todas las cuestiones referidas a la responsabilidad individual que deberían ser tenidas en cuenta por los Estados a la hora de cumplir con la obligación antes señalada. Así, como ya señaló el Sr. Park, el proyecto de artículo 5 no se refiere a la prohibición de la inmunidad en relación con este tipo de crímenes. Esta decisión puede ser considerada como prudente en este momento, teniendo en cuenta que la Comisión todavía tiene que analizar el tema de las excepciones a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, cosa que hará más adelante en el transcurso del actual período de sesiones. Se trata de un tema de gran importancia que no puede eludirse, y la oradora entiende que la potencial aprobación de este proyecto de artículo en el presente período de sesiones no impedirá que la Comisión vuelva en el futuro sobre esta cuestión.

<sup>95</sup> *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), págs. 19 y ss., párr. 50.

27. En relación con el proyecto de artículo 6, que define la obligación general de que el Estado adopte las medidas necesarias a fin de dotarse de competencia respecto de los crímenes de lesa humanidad, la oradora señala que el Relator Especial ha optado por el modelo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, estableciendo tres fundamentos jurisdiccionales claramente diferenciados: en primer lugar, un modelo de jurisdicción obligatoria (basada en los nexos de territorialidad y nacionalidad del autor); en segundo lugar, un modelo de jurisdicción potestativa fundada en un criterio expresamente mencionado (personalidad pasiva, víctima); y, en tercer lugar, un modelo de jurisdicción potestativa indeterminada («el establecimiento de otra jurisdicción penal por un Estado de conformidad con su legislación nacional»). Aunque en líneas generales la oradora no tiene objeciones a la formulación de este proyecto de artículo, desearía destacar que implica una opción de política jurisdiccional que no es plenamente conforme con los trabajos previos de la Comisión. Así, en el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1996 ya se contempló el establecimiento de un modelo de jurisdicción universal para los crímenes de lesa humanidad, con la finalidad de evitar que los autores de estos hechos pudiesen quedar exentos de responsabilidad y gozaran de impunidad por el mero hecho de que ningún Estado hubiese establecido previamente su jurisdicción al respecto o no hubiese podido o querido establecerla. Aun reconociendo que la jurisdicción universal debe actuar siempre como jurisdicción de último recurso y que, por tanto, debe tener un tratamiento diferenciado al de otros sistemas de atribución de jurisdicción basados en el territorio o la nacionalidad del autor del crimen o de la víctima, la oradora no puede compartir algunas de las afirmaciones contenidas en el segundo informe del Relator Especial sobre este tema, en particular en el párrafo 119. En dicho párrafo, el Relator Especial parece querer concluir que el establecimiento de dicha jurisdicción no puede ser contrario al derecho internacional pero que el proyecto de artículo 6, párrafo 3, no puede entenderse como una «autorización» de esa forma «nacional» de jurisdicción. Salvo error de comprensión, esta forma de argumentación parece contradictoria en sí misma: en buena lógica, una disposición no puede decir algo y lo contrario al mismo tiempo, por lo que será necesario que el Comité de Redacción reflexione sobre la conveniencia de mantener la expresión «de conformidad con su legislación nacional» y que el Relator Especial incluya en un futuro comentario a este proyecto de artículo una explicación que no lleve a una interpretación incongruente con la lógica.

28. Por último, la relación entre el proyecto de artículo 6 y los proyectos de artículo 7, 8 y 9 suscita varias observaciones. Aunque el Relator Especial ha optado por un modelo de nexos jurisdiccionales basados en la territorialidad y en la nacionalidad del autor o de la víctima, el citado modelo no es claro en absoluto. Por el contrario, la forma en que se introduce el concepto de «Estado de detención» genera serias dudas sobre su naturaleza jurídica y sobre si se puede considerar o no un nexo jurisdiccional, si bien la oradora volverá más adelante sobre este tema.

29. Los proyectos de artículo 7, 8 y 9, que están estrechamente vinculados, dan pie a varias observaciones

comunes. Estos proyectos de artículo revisten un lugar central en el modelo de ejercicio de la jurisdicción diseñado en el informe. En realidad, los dos primeros definen fases consecutivas en el ejercicio de la jurisdicción. En el proyecto de artículo 7, que pone las bases para una primera investigación de los hechos sobre la que luego se podrá identificar a presuntos autores individualizados y ejercer la jurisdicción penal sobre ellos, el Relator Especial parece haber seguido el modelo diseñado en el Estatuto de Roma. De acuerdo con este instrumento, el ejercicio de la jurisdicción se desglosa en dos fases dedicadas, respectivamente, a investigar una situación en la que pueden haberse cometido varios crímenes y al enjuiciamiento de un crimen concreto cometido por una persona individualizada. Cabe señalar que, aunque ambas fases están separadas por el acta de acusación emitida por el Fiscal, este modelo no afecta negativamente al ejercicio de la jurisdicción entendida como unidad, ya que ambas fases se desarrollan ante el mismo tribunal, la Corte Penal Internacional. Sin embargo, dicho modelo no resulta fácilmente extrapolable a un sistema en el que la unidad de jurisdicción no está necesariamente garantizada, ya que el Estado que procede a la investigación inicial prevista en el proyecto de artículo 7 no tiene por qué ser el mismo que va a proceder a la investigación específica y al enjuiciamiento de los autores de los crímenes, aspectos contemplados en los proyectos de artículo 8 y 9.

30. Esta diversidad de jurisdicciones concurrentes no es extraña a la práctica internacional; sin embargo, este modelo de jurisdicciones concurrentes y los problemas que esto genera no están adecuadamente tratados en los proyectos de artículos 7 y 8 que, con carácter general, necesitan de un tratamiento más detenido y de un desarrollo adecuado en términos procesales, en especial por lo que se refiere a la determinación de un modelo de prelación de jurisdicciones concurrentes que no es posible identificar en los proyectos de artículo propuestos. En cuanto al proyecto de artículo 9, viene a completar lo previsto en los dos anteriores proyectos de artículo y regula la forma concreta de aplicar el principio *aut dedere aut iudicare*.

31. La oradora se detiene a comentar cada uno de estos proyectos de artículo y señala que el proyecto de artículo 7, párrafo 1, no impone a los Estados en cuyo territorio supuestamente se habría cometido o se podría estar cometiendo un crimen de lesa humanidad una obligación de investigar, limitándose a emplear el verbo «velará», cuya falta de carácter prescriptivo es evidente. Esta cuestión merece una reflexión seria, ya que dicha investigación constituye la base irrenunciable para cualquier intento de ejercer posteriormente la jurisdicción, bien sea por el Estado territorial o por otro Estado competente. A fin de resolver este problema, quizás la sustitución del término «velará» por el de «se asegurará» podría constituir una solución factible, si bien la oradora preferiría establecer el mandato de adoptar las medidas necesarias, legislativas o de otro tipo, para asegurar que la investigación se llevará a cabo. En cuanto al deber de comunicar los resultados de la investigación a terceros Estados competentes, enunciado en el párrafo 2 del mismo proyecto de artículo, hay dudas de que encuentre fundamento en el derecho internacional contemporáneo. Al menos, resulta difícil encontrar dicho fundamento en el estudio realizado por el Relator Especial en el capítulo III del

informe. Por otro lado, la limitación del deber de comunicar dicha información únicamente al Estado de nacionalidad del autor del crimen de lesa humanidad resulta difícilmente compatible con el proyecto de artículo 6 e, incluso, con el proyecto de artículo 8, párrafo 3. Asimismo, aunque la obligación impuesta al Estado que recibe la comunicación de llevar a cabo la investigación, prevista en la última frase del proyecto de artículo 7, párrafo 2, es meritoria, parece difícil de articular en el modelo diseñado en los proyectos de artículo 6, 7, 8 y 9. Por último, sin duda el deber de cooperar para identificar y ubicar a los autores de los hechos, enunciado en el proyecto de artículo 7, párrafo 3, es irrenunciable si se desea que el enjuiciamiento de los crímenes de lesa humanidad sea efectivo. Sin embargo, la genérica redacción no ofrece elementos que permitan asegurar tal objetivo. Sería necesario, por tanto, definir con más detalle el alcance de la obligación, la naturaleza de las actividades que se hayan de realizar en cumplimiento de la obligación de cooperar y, por último, si dicha obligación puede cumplirse por «todos los Estados» al margen de la adopción por estos de las medidas internas necesarias para establecer su competencia y jurisdicción respecto de los crímenes de lesa humanidad.

32. Los proyectos de artículo 8 y 9 tienen un elemento en común: solo operan cuando el presunto autor de los hechos esté presente en el territorio del Estado. Ahora bien, cuando ello se produce, el Estado está obligado a realizar ciertos actos que constituyen el ejercicio de la jurisdicción: bien sea investigar el caso concreto a los efectos de formular una acusación, localizar y detener a una persona, como prevé el proyecto de artículo 8; bien sea ejercer la potestad de enjuiciar o extraditar a dicha persona a otro Estado que sea competente y quiera ejercer la jurisdicción o entregarlo a un tribunal internacional, de conformidad con el proyecto de artículo 9. Sin querer entrar en el examen detallado de ambos preceptos, la oradora desearía llamar la atención sobre el hecho de que en ambos proyectos de artículo se imponen al «Estado de detención» obligaciones precisas que implican necesariamente el ejercicio de actos de jurisdicción. Sin embargo, como dicho Estado no tiene que ser necesariamente ni el Estado territorial en el que se cometen los hechos ni el Estado de la nacionalidad del autor de los hechos, se puede producir el efecto paradójico de que se imponga a un Estado la obligación de realizar ciertos actos para los que puede no tener jurisdicción, salvo que el «Estado de detención» se convierta en un auténtico nexo jurisdiccional prioritario con respecto a todos los enumerados en el proyecto de artículo 6, párrafo 1, si bien se trata de una interpretación poco coherente con el modelo que parece diseñar el Relator Especial en su segundo informe. Por ello, será preciso analizar nuevamente esta cuestión a fin de evitar lagunas e incongruencias que, finalmente, se pueden traducir en la imposibilidad de enjuiciar a una determinada persona por un crimen de lesa humanidad. Por otro lado, ha de destacarse que un problema similar se plantea en relación con la entrega de una persona a un tribunal penal internacional. La diferente forma de atribución o reconocimiento de competencia a dichos tribunales exige, igualmente, un análisis detenido.

33. En suma, aunque el segundo informe ofrece una relación de nexos de jurisdicción que permiten a los

Estados establecer su jurisdicción sobre los crímenes de lesa humanidad, no contiene ninguna regla que permita articular la relación entre dichos nexos, más allá de la mera referencia a obligaciones de comunicación y de cooperación que se definen en términos muy abstractos. Por consiguiente, es necesario que tanto el Relator Especial como la Comisión analicen con más detalle estos dos proyectos de artículo para dar una respuesta segura a la prelación de jurisdicciones concurrentes, de forma que el complejo entramado previsto en los artículos 6, 7, 8 y 9 no deje resquicios por los que la impunidad pueda entrar.

34. El proyecto de artículo 10 responde a la irrenunciable exigencia de garantizar los derechos fundamentales de las personas que son objeto de investigación o procesamiento relacionados con la comisión de un crimen de lesa humanidad. Por ello, su inclusión está plenamente justificada, ya que la depuración de la eventual responsabilidad penal que pueda derivarse de dichos crímenes tendrá que producirse necesariamente a la luz de las normas relativas al juicio justo y las garantías procesales reconocidas en el derecho internacional de los derechos humanos, tanto a nivel universal como regional. Dicho esto, presenta una redacción y una estructura que generan ciertas dudas. En primer lugar, cabe preguntarse por qué el Relator Especial recoge en un mismo artículo todas las disposiciones cuyo objeto es garantizar los derechos del individuo. Tratar en paralelo el derecho al trato justo e imparcial, las garantías procesales y los derechos de la defensa, por un lado, en el párrafo 1, y el especialísimo régimen del derecho a la asistencia consular, por otro, en el párrafo 2, puede que no sea la mejor opción posible. Si bien tienen en común la finalidad de proteger a la persona, estas instituciones jurídicas presentan grandes diferencias entre sí, tanto desde la perspectiva del contenido del régimen protector como desde la perspectiva de la naturaleza de los derechos reconocidos al individuo. No hay que olvidar que, mientras que los derechos y garantías reconocidos en el párrafo 1 se definen como derechos autónomos de contenido sustantivo que operan en la relación Estado-individuo, el derecho a la asistencia consular se configura como un derecho instrumental, más relacionado con el reconocimiento del derecho de todo Estado a ofrecer protección y asistencia a sus nacionales en el extranjero, que opera conforme a un modelo triangular; son todos ellos aspectos que han sido puestos de manifiesto por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a *LaGrand (Alemania c. Estados Unidos de América)* y la causa relativa a *Avena y otros nacionales mexicanos*. A ello ha de añadirse el distinto lugar que ocupan en el derecho internacional contemporáneo los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos y las normas propias de la asistencia consular. En consecuencia, como cuestión de principio, sería preferible regular ambas cuestiones en dos preceptos separados a fin de que quede suficientemente claro el carácter de garantía instrumental de la asistencia consular en relación con la protección de los derechos del individuo.

35. El proyecto de artículo 10, párrafo 1, precisa de una revisión en dos direcciones distintas y complementarias: en primer lugar, adecuar las referencias a los derechos de la persona investigada y procesada a los términos comúnmente empleados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, incluida la enumeración de

dichos derechos; en segundo lugar, asegurar una más correcta referencia al derecho internacional aplicable, que ha de funcionar como marco de referencia de los derechos reconocidos, lo que no permite el empleo de la expresión «con arreglo a las disposiciones aplicables del derecho nacional e internacional», que elude la exigencia de que las normas internas deben ser conformes con las normas de derecho internacional, en particular las normas del derecho internacional de los derechos humanos. Asimismo, el proyecto de artículo 10, párrafo 2, debería redactarse en términos prescriptivos, con un enfoque de derechos, y no limitarse a «permitir» la comunicación y el acceso al individuo investigado o enjuiciado por parte del «representante competente más próximo del Estado o los Estados de que sea nacional». Por otro lado, la referencia a dicho representante debería ser precisada, evitando las ambigüedades que contiene la redacción actual del párrafo. El régimen protector establecido debería ser revisado para incluir todos los elementos que ya se han establecido en las normas de derecho internacional aplicables, en particular el derecho a recibir asistencia jurídica. El artículo 36, párrafo 1 c, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares podrá servir de orientación al Comité de Redacción al abordar esta tarea.

36. La oradora desea también señalar a la atención de los miembros de la Comisión un elemento que es común a ambos párrafos, a saber, que ambos reconocen derechos o un estatuto de protección al individuo sin establecer al mismo tiempo obligación alguna para el Estado bajo cuya jurisdicción y custodia se encuentra la persona investigada o procesada. Este enfoque resulta, además, especialmente llamativo, ya que los proyectos de artículo presentados por el Relator Especial se caracterizan, en su conjunto, por la tendencia a la definición de obligaciones que son exigibles al Estado, de lo que son buena muestra los proyectos de artículos 4<sup>o</sup>, 5, 6, 8 y 9. Dicho enfoque debería seguirse igualmente en el proyecto de artículo 10, declarándose de alguna forma la obligación del Estado de adoptar las medidas, legislativas y de otro tipo, para asegurar el respeto de los derechos enunciados.

37. Por último, la oradora querría formular breves comentarios sobre una cuestión controvertida, la de los tribunales militares, que el Relator Especial analiza en los párrafos 188 a 192 del informe. En líneas generales comparte el planteamiento de que el mero recurso a los tribunales militares no constituye en sí mismo una violación del derecho al juicio justo, a pesar de lo cual debe reducirse a supuestos muy limitados en los que el presunto autor del crimen sea un miembro de las fuerzas armadas y los crímenes presuntamente cometidos se hayan producido en el marco de un conflicto armado.

38. Los tribunales militares no tienen por qué ser considerados tribunales «especiales» en el sentido negativo del término. En realidad, su idoneidad o no para respetar las exigencias del juicio justo depende, esencialmente, de tres elementos: su composición, su funcionamiento independiente e imparcial y el hecho de que sus decisiones sean susceptibles de revisión por un órgano judicial inserto en la jurisdicción civil. Cumplidos esos requisitos, y a condición de que los civiles queden excluidos de su

<sup>96</sup> *Anuario... 2015*, vol. II (segunda parte), pág. 50.

competencia, los tribunales militares están configurados como auténticos órganos judiciales y nada impide que puedan ejercer su jurisdicción respecto de los crímenes de lesa humanidad sin que ello pueda entenderse como una violación del trato y juicio justos. En conclusión, la oradora es partidaria de remitir los proyectos de artículo propuestos al Comité de Redacción.

39. El Sr. KOLODKIN felicita al Relator Especial por su informe, cuya riqueza de contenido valora positivamente, y toma nota con satisfacción del memorando de la Secretaría sobre los mecanismos convencionales de vigilancia. En líneas generales, a pesar de algunas reservas a su formulación, el orador suscribe casi todos los principios sobre los cuales descansan los proyectos de artículo propuestos por el Relator Especial. En particular, comparte la idea expresada en el proyecto de artículo 5, párrafo 1, de que los Estados tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para reprimir los crímenes de lesa humanidad, pero no está convencido de que sea necesario hacer una enumeración detallada de los actos en cuestión. El orador recuerda que, tal y como ya manifestó en el 67º período de sesiones, lo fundamental es armonizar la definición de crímenes de lesa humanidad prevista en el derecho nacional con la que se enuncia en los instrumentos pertinentes de derecho internacional y propone modificar el proyecto de artículo 5 para que precise que los Estados tienen la obligación de tipificar como delito los actos enumerados en el proyecto de artículo 3<sup>97</sup>.

40. El orador respalda la idea de hacer que figuren en el proyecto de artículo 5 una disposición que establezca la responsabilidad penal de los jefes militares y de las personas que actúen como tales cuando las fuerzas bajo su mando cometan crímenes de lesa humanidad y otra disposición que consagre la imprescriptibilidad de esos crímenes. En efecto, sería sorprendente que, transcurrido cerca de medio siglo desde la aprobación de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, no se enunciara este principio en el proyecto.

41. Asimismo, parece oportuno que el proyecto de artículos prevea una disposición que imponga a los Estados la obligación de castigar los crímenes de lesa humanidad con penas proporcionales a la gravedad de los actos. A este respecto, el orador comparte el punto de vista del Relator Especial, que considera inútil imponer a los Estados la obligación de establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los casos de crímenes de lesa humanidad. Dada la variedad de los ordenamientos jurídicos, es preferible dejar a los Estados que aborden por sí mismos esta cuestión.

42. El orador respalda igualmente los fundamentos de la competencia nacional enunciados en el proyecto de artículo 6, así como la innovadora propuesta del Relator Especial relativa a la obligación de los Estados de cooperar en una investigación, prevista en el proyecto de artículo 7, párrafos 2 y 3. Aprueba asimismo los motivos escogidos para que el Estado ejerza su competencia nacional especificados en el proyecto de artículo 8, así como el proyecto de artículo 9 relativo a la obligación

de extraditar o juzgar, y subraya que, a su juicio, las disposiciones de ese proyecto de artículo deberían basarse en la fórmula de La Haya. Por último, apoya el proyecto de artículo 10 sobre el trato justo que debe dispensarse a los autores de crímenes de lesa humanidad y se muestra favorable a que se remitan al Comité de Redacción todos los nuevos proyectos de artículo propuestos por el Relator Especial.

43. Dicho esto, el orador desearía hacer algunos comentarios de índole metodológica. En primer lugar, mientras que el informe contiene abundantes ejemplos de disposiciones de instrumentos internacionales, a veces es difícil apreciar por qué el Relator Especial ha optado por una u otra formulación en los nuevos proyectos de artículo propuestos. En los capítulos dedicados a cada uno de estos proyectos, el Relator Especial cita diferentes disposiciones de instrumentos internacionales vigentes para poner de manifiesto la diversidad de formulaciones que existen y acto seguido presenta su propuesta sin fundamentarla ni explicarla. Por ejemplo, en la versión en inglés, el proyecto de artículo 10, párrafo 2, dice que toda persona detenida «*shall be [...] permitted to communicate*», es decir, que se le permitirá comunicarse con un representante del Estado del que es nacional y recibir su visita, mientras que los numerosos instrumentos internacionales citados en el párrafo 199 del informe consagran el derecho que tiene el autor de un delito a comunicarse con un representante del Estado del que es nacional y a recibir su visita. Esta discrepancia en la redacción no es, ni mucho menos, un caso único en el proyecto de artículos y sería útil para el Comité de Redacción que el Relator Especial explicara sus decisiones al respecto.

44. Por otra parte, según los párrafos 95 a 100 del informe, el principal elemento que permite establecer la competencia penal de un Estado es que el delito haya sido cometido en el territorio del Estado en cuestión. Esta competencia territorial puede hacerse extensible a los delitos cometidos a bordo de buques o aeronaves matriculados en el Estado en cuestión. Ahora bien, en las correspondientes disposiciones del proyecto de artículo 6, que figuran en el párrafo 1 *a*, se contempla todo el territorio bajo la jurisdicción o el control del Estado. Sin querer entrar en un debate sobre la conveniencia de utilizar en este proyecto un concepto más amplio que el de territorio del Estado, el orador desea en todo caso hacer hincapié en que, en los párrafos explicativos del capítulo relativos al proyecto de artículo 6, párrafo 1 *a*, el Relator Especial no analiza si el hecho de que un acto haya sido cometido en un territorio bajo la jurisdicción o el control de un Estado puede ser alegado para establecer la competencia de dicho Estado. Este comentario vale también para los párrafos 109 a 116 y el proyecto de artículo 6, párrafo 2. Si bien se podría objetar que el proyecto de artículo 4 ya aprobado por la Comisión prevé que todo Estado se compromete a prevenir los crímenes de lesa humanidad adoptando medidas «en todo territorio que esté bajo su jurisdicción o control»<sup>98</sup>, la prevención y el establecimiento de la competencia nacional son dos cosas diferentes. Por consiguiente, sería útil que el Relator Especial explicara por qué se emplea esta formulación en el proyecto de artículo 6.

<sup>97</sup> *Ibíd.*, págs. 39 y 40.

<sup>98</sup> *Ibíd.*, pág. 50.

45. Por lo que respecta al proyecto de artículo 7, el orador estima que la cooperación entre Estados en la lucha contra los crímenes de lesa humanidad es una cuestión importante que debería ser objeto de otro proyecto de artículo, en lugar de dos párrafos de un artículo dedicado a la investigación general. De no ser posible, sería preferible introducir estos dos párrafos en el proyecto de artículo 8, que se ocupa del auxilio judicial. Asimismo, el concepto de investigación general no existe en todos los ordenamientos jurídicos, con lo que se corre el riesgo de complicar la ratificación de una futura convención por algunos Estados, por no mencionar que el párrafo 1 trata una cuestión que guarda más relación con el ejercicio de la competencia nacional. Por todos estos motivos, el orador propone que se agrupen los proyectos de artículo 7 y 8, a condición de que se hagan las modificaciones necesarias, en un solo proyecto de artículo que aborde el ejercicio de la competencia nacional. Para concluir, el orador indica que está dispuesto a participar en los trabajos del Comité de Redacción sobre los proyectos de artículo propuestos.

46. El Sr. McRAE alberga dudas, al igual que el Sr. Forteau, de que una obra magna como el segundo informe del Relator Especial sea el medio más eficaz para hacer avanzar los trabajos de la Comisión, si bien es evidente que el informe representa una importante contribución al estudio del tema.

47. En cuanto a la cuestión de los métodos de trabajo de la Comisión, el Sr. Murase observó que la Comisión parecía alejarse de su método habitual para elaborar proyectos de artículos en función de lo que el Relator Especial considera un resultado deseable, es decir, una convención, después de haber examinado diversos tratados y legislaciones nacionales, y, en realidad, como señaló el Sr. Forteau, el informe es una excelente recopilación de derecho comparado. El hecho de que el Relator Especial calificara el proyecto de artículo 7, párrafo 2, de «innovación útil» cuando presentó el informe pone de manifiesto que la Comisión no sigue su método de trabajo tradicional. No basta con decir que el proceso es diferente en este caso porque la Comisión tiene la intención de elaborar una convención. Se han elaborado otros proyectos de artículos, como los de la protección de las personas en caso de desastre<sup>99</sup>, el derecho de los acuíferos transfronterizos<sup>100</sup> o la responsabilidad de las organizaciones internacionales<sup>101</sup>, teniendo en perspectiva una futura convención, lo cual no impidió que los miembros de la Comisión procedieran a determinar el derecho en la materia, elaborar normas que reflejaban este derecho y proponer las adiciones apropiadas. No se trataba de

<sup>99</sup> Véase el texto del proyecto de artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre aprobado por la Comisión en primera lectura y los comentarios correspondientes en *Anuario... 2014*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 66 y ss., párrs. 55 y 56.

<sup>100</sup> Véase el texto del proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos aprobado por la Comisión y los comentarios correspondientes en *Anuario... 2008*, vol. II (segunda parte), págs. 23 y ss., párrs. 53 y 54. Véase también la resolución 63/124 de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 2008, anexo.

<sup>101</sup> Véase el texto del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales aprobado por la Comisión y los comentarios correspondientes en *Anuario... 2011*, vol. II (segunda parte), págs. 46 y ss., párrs. 87 y 88. Véase también la resolución 66/100 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2011, anexo.

seleccionar disposiciones porque figurasen en otras convenciones o simplemente porque pareciesen apropiadas. En el 67º período de sesiones, los miembros de la Comisión debatieron igualmente la posibilidad de emplear la expresión «preocupación común de la humanidad» y llegaron a la conclusión de no hacerlo porque esa expresión no contaba con la aceptación general de los Estados ni figuraba en ningún tratado. ¿No debería ser ese el criterio aplicado a los términos empleados para el proyecto de artículos que se examina?

48. Dicho esto, algunos miembros de la Comisión han analizado el proyecto de artículos preguntándose si reflejaba el derecho internacional existente; dicho en otras palabras, han aplicado el enfoque metodológico normal de la Comisión. El Relator Especial parece un poco ambivalente al respecto, puesto que ha excluido a las personas jurídicas del ámbito de aplicación del proyecto de artículos por no haber acuerdo entre los Estados sobre la responsabilidad penal de las sociedades. Si la Comisión no tiene que preocuparse del derecho establecido ni de lo que cuenta con la aceptación general de los Estados, decidirá sin duda incluir en el proyecto de artículos los actos reprobables cometidos por sociedades; después de todo, los casos de sociedades que transportan por vía terrestre o aérea tropas que van a cometer atrocidades no son tan inverosímiles. El problema con este enfoque no limitativo, como se puso de manifiesto claramente a lo largo de los debates celebrados en las sesiones anteriores, es que no hay un fundamento objetivo para decidir qué conservar y qué descartar, y por eso el Sr. Kolodkin ha expresado con razón sus dudas acerca de la elección de fuentes que deben tenerse en consideración para el proyecto de artículos: ¿hace falta introducir una disposición porque figura en un tratado o simplemente porque se considera que es una buena idea? Se suscita esta misma pregunta en relación con la responsabilidad de las personas jurídicas, por lo que cabe plantearse qué base hay para incluirla o excluirla.

49. No se trata de criticar el informe del Relator Especial, que trata el tema de manera excelente, a pesar de que, como ha dicho el Sr. Kolodkin, la fuente citada no corresponda en todos los casos con exactitud a la fórmula que trata de conseguirse. Sin querer volver a plantear el debate sobre la relación entre la codificación y el desarrollo progresivo, el orador desea hacer hincapié en que resulta extraño que la Comisión se haya preguntado cómo calificar sus trabajos en el caso del proyecto de artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre pero no en el del tema ahora examinado, si bien ambos entran a la vez dentro de los supuestos de codificación y de desarrollo progresivo. Aun cuando obviamente no es necesario precisar cada vez si la Comisión se propone desarrollar progresivamente el derecho o codificarlo, el contraste entre ambos temas es llamativo.

50. Lo que parece evidente es que los miembros de la Comisión no tienen una misma idea sobre el método que se debe seguir y sobre lo que conlleva la elaboración de un proyecto de texto. Quizás ello era menos importante cuando la Comisión elaboraba proyectos de artículo, pero en estos momentos en los que persigue otros objetivos el problema se agudiza. Para mantener su credibilidad y explicar claramente cómo pretende proceder, la Comisión

debe resolver estas cuestiones de método, puesto que tiene poco interés en analizar sobre una base un informe elaborado con arreglo a otra. Así pues, la Comisión podría examinar esta cuestión en el marco del examen anual de sus métodos de trabajo. Tal y como ya ha dicho el orador, sería bueno que la Comisión estableciera en el siguiente período de sesiones un grupo de trabajo encargado de estudiar con mayor detenimiento su método de trabajo y la forma final de sus trabajos, aunque no sea más que para definir un planteamiento común.

51. En lo que a los proyectos de artículo se refiere, conviene detenerse en el grado de detalle que deben tener las disposiciones dedicadas a la criminalización en el derecho nacional. Un tratado destinado a ser interpretado por un tribunal internacional establecido en dicho tratado no tiene por qué ser especialmente preciso; en cambio, un instrumento que exija a los Estados que se doten de una legislación que criminalice determinados comportamientos debe ser explícito. En la medida en que incide en los derechos de las personas, el derecho penal debe ser formal, lo cual explica en parte que el proyecto de artículo 5 sea tan preciso. No obstante, cabe preguntarse si todos los Estados interpretarán las obligaciones que se les impone de la misma manera, especialmente porque algunos ya han solicitado que se aclare el matiz entre «instigación» e «inducción», y si todos los tribunales nacionales aplicarán la legislación aprobada con coherencia.

52. Al respecto, cabe preguntarse si la reproducción de las disposiciones del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que reviste interés sin duda, no dará pie a multitud de interpretaciones del Estatuto de Roma por parte de los tribunales nacionales. En este sentido, hay que recordar que el Relator Especial propone que su próximo informe esté dedicado, entre otras cuestiones, a la relación entre el proyecto de artículos y el Estatuto de Roma. Tal y como ha señalado anteriormente, un tratado sobre los crímenes de lesa humanidad no debería ser la réplica normativa del Estatuto de Roma.

53. En cuanto al proyecto de artículo 6, párrafo 1 *c*, resulta curioso afirmar que el Estado adoptará las medidas necesarias para establecer su competencia cuando la víctima sea uno de sus nacionales y lo considere oportuno. Evidentemente, el Estado puede adoptar medidas para establecer su competencia por los motivos que estime oportunos, pero cabe preguntarse en qué situaciones le permite el derecho internacional establecer dicha competencia. Parece que el Relator Especial haya querido, como a menudo quiere el Comité de Redacción, llegar a un término medio reforzando una disposición existente, en este caso un artículo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en lugar de reformularla en términos más sustantivos. Por otra parte, no se explica que la competencia del Estado se limite a las situaciones en las que la víctima sea uno de sus nacionales. Así pues, se podría añadir al final del artículo la frase «cuando concorra cualquier otro motivo reconocido en derecho», lo que permitiría al Estado establecer una competencia universal cuando lo considerara apropiado y, además, ahorrarse una formulación problemática. Tal vez este sea el objetivo contemplado por el párrafo 3, pero en tal caso el párrafo 1 *c* resulta superfluo.

54. En lo que al proyecto de artículo 9 se refiere, el segundo párrafo debe ser revisado, tal y como han señalado otros miembros, por una parte porque no se debería socavar la discrecionalidad de que gozan las autoridades competentes en el ejercicio de actuaciones penales y, por otra, porque el concepto de «delito común grave» se presta a confusión en la medida en que un delito grave no puede, por definición, ser un delito común, con mayor motivo en el contexto de los crímenes de lesa humanidad. También hay que tener en cuenta que estos conceptos no tendrán necesariamente el mismo significado en todos los ordenamientos jurídicos.

55. En cuanto al proyecto de artículo 10, el párrafo 2 plantea algunas cuestiones preocupantes. En su informe, el Relator Especial hace hincapié en que la amplia ratificación de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares no ha sido óbice para que se introdujeran disposiciones equivalentes en otros instrumentos penales internacionales más recientes, pero no dice por qué los Estados consideraron acertado adoptar disposiciones parecidas ni cómo han sido interpretadas estas en la práctica, ni si establecen un régimen diferente al de la Convención. En aras de la coherencia, salvo por motivos imperiosos, sería quizás más sensato reproducir los derechos consagrados en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares que establecer un nuevo régimen jurídico.

56. Dicho esto, el orador se muestra partidario de remitir el proyecto de artículos al Comité de Redacción.

57. El Sr. TLADI dice que, si el proyecto de artículos examinado ha sido elaborado según un método de trabajo diferente, es porque, generalmente, los relatores especiales tratan de elaborar un texto que refleje el derecho nacional mientras que, en el caso que nos ocupa, el Relator Especial ha señalado con claridad desde el inicio que su objetivo era otro. Subraya que este proceder ha contado con la aprobación de la Comisión y que la Asamblea General tampoco ha formulado objeción alguna.

58. La Sra. ESCOBAR HERNÁNDEZ no cree que el proyecto de artículos examinado se inscriba en una lógica diferente de otros, ni que la Comisión esté convencida de elaborar, por un lado, proyectos de artículo cuyo único fin sea reflejar la práctica existente, como los dedicados a la protección de las personas en caso de desastre, y, por otro, proyectos de artículo que recojan el derecho como el Relator Especial considera que debería ser y que requerirían la adopción de métodos de trabajo distintos. En su calidad de Relatora Especial sobre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, en ningún momento ha pretendido limitarse a recopilar la práctica existente. En cualquier caso, la forma final del proyecto de artículos y el método de trabajo seguido son cosas distintas. La oradora recuerda en este sentido que en períodos de sesiones anteriores ya observó que, si bien la Comisión debía recomendar a la Asamblea General la elaboración de una convención a partir del proyecto de artículos propuesto, no podía partir del principio de que este proyecto de artículos daría lugar efectivamente a una convención y menos aún alejarse de los métodos de trabajo que la propia Comisión se había dado a sí misma.

59. El Sr. McRAE dice que, al no haber estado presente cuando la Comisión decidió ocuparse del tema examinado, no sabe si hubo consenso en torno a la cuestión del método de trabajo que debía seguirse. No obstante, los debates y los comentarios a los que han dado pie los proyectos de artículo ponen claramente de manifiesto que existen discrepancias al respecto. Por ello, convendría que la Comisión analizara la cuestión, lo cual, en cualquier caso, no haría sino redundar en una mayor eficacia de sus trabajos.

60. El Sr. CANDIOTI dice que el hecho de que la Comisión siga reflexionando acerca de sus métodos de trabajo cuando se acerca el fin del quinquenio le deja perplejo. Recuerda que ya en el año 2011 propuso que la Comisión encargara a un grupo de trabajo, integrado por miembros antiguos y actuales, el estudio de sus métodos de trabajo y recomienda que se examine la cuestión con carácter prioritario en el próximo quinquenio.

61. Sir Michael WOOD dice que, en el marco del examen de los métodos de trabajo de la Comisión, quizás se tendrá que tratar la función de los debates, que no son siempre muy constructivos. Felicita al Relator Especial por la precisión y la exhaustividad de su segundo informe, al tiempo que observa que la lectura del documento habría resultado más fácil si, en los largos capítulos que abordan varias cuestiones que dan lugar a un solo proyecto de artículo, la disposición propuesta hubiera figurado inmediatamente después del apartado al que se refiere y no al final del capítulo. Asimismo, como señaló el Sr. Forteau, no siempre se sabe exactamente por qué el Relator Especial ha mantenido una formulación en lugar de otra.

62. Dicho esto, la Comisión tiene motivos de peso para elaborar un proyecto de artículos que tenga por objeto sentar las bases de una convención sobre la prevención y la sanción de los crímenes de lesa humanidad. Un instrumento de esa índole contribuiría a llenar las considerables lagunas que existen en derecho penal internacional. Además, del diálogo entre la Comisión y la Asamblea General se desprende claramente que esta es perfectamente consciente de lo que hace la Comisión y de los métodos de trabajo de los que se ha dotado. No serviría de nada examinar estos métodos, puesto que hasta la fecha la Comisión ha desempeñado su cometido con gran acierto. Asimismo, no hace falta partir del principio de que las disposiciones del proyecto de artículos examinado deben reflejar necesariamente el derecho internacional consuetudinario. El interés del proyecto de artículos radica justamente en llevar a los Estados a aprobar un instrumento que les imponga más obligaciones y más explícitas que las que actualmente les incumben en virtud de los instrumentos convencionales y el derecho internacional consuetudinario.

63. En cuanto al ámbito de aplicación de la convención contemplada, esta se debería limitar a los crímenes de lesa humanidad, puesto que, de tratar el genocidio y los crímenes de guerra, se complicaría excesivamente el texto. La cuestión de la responsabilidad penal de las empresas, si bien importante, tampoco tiene cabida en la convención, puesto que compete al derecho nacional.

64. Si se quiere que el mayor número posible de Estados se adhiera a la convención, esta deberá centrarse en la represión de los crímenes de lesa humanidad en el derecho nacional y en particular en las investigaciones, el enjuiciamiento y la extradición o entrega del sospechoso. Aunque resulte tentador examinar los diferentes aspectos de la cuestión, se trata ante todo de elaborar un instrumento represivo eficaz, por lo que conviene concentrarse en la responsabilidad penal de los autores de los crímenes de lesa humanidad y en las medidas que los Estados pueden adoptar para castigar y prevenir este tipo de crímenes, tal y como dijo el Sr. Hmoud. A este respecto, el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves es un excelente ejemplo que seguir. El Convenio ha servido de base a muchos otros instrumentos, como la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, en cuya elaboración participó la Comisión.

65. No obstante, el Relator Especial propone que en el texto de la Comisión figuren determinados elementos que no aparecen en estos otros instrumentos. Ello no debería plantear demasiados problemas a los Estados, siempre que esos elementos se extraigan de instrumentos ampliamente ratificados, como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, y sean pertinentes en materia de derecho penal nacional. Con carácter general, hay que evitar sobrecargar el texto con elementos que pudieran disuadir a los Estados de adherirse a él.

66. En cuanto a los seis nuevos proyectos de artículo propuestos, las palabras empleadas para definir la participación en el proyecto de artículo 5, párrafo 1, no son claras. A fin de evitar incoherencias, la Comisión debería utilizar la definición que figura en el Estatuto de Roma, cosa que hizo en el período de sesiones anterior para los crímenes de lesa humanidad. En relación con la definición de la responsabilidad del superior jerárquico que aparece en el proyecto de artículo 5, párrafo 2, también haría falta en ese caso, tal y como ha propuesto el Relator Especial, tomar la formulación del Estatuto de Roma.

67. El proyecto de artículo 6 se inspira en gran medida en instrumentos existentes, por lo que no da pie a ningún comentario particular; en cambio, los nuevos elementos introducidos en el proyecto de artículo 7 sí merecen un examen en profundidad. En efecto, cabe preguntarse si tiene lugar imponer al Estado la obligación, por tenue que sea, de comunicar «las conclusiones [...] de [la] investigación» al Estado de nacionalidad de quienes «están involucrados en el crimen». Tal y como indica la expresión «según proceda», puede ser que la comunicación de esa información no sea apropiada por diversos motivos. Así pues, las autoridades competentes del Estado en cuestión deberían tener margen para decidir lo que corresponde hacer al respecto, dadas la legislación interna y las obligaciones en materia de derechos humanos. No parece que la comunicación de la información sea asunto de un tratado y cabe esperar que, si se le remite este proyecto de artículo, el Comité de Redacción preste especial atención a la conveniencia de que figure en el texto que se presentará a la Asamblea General.

68. Asimismo, la relación entre los proyectos de artículo 7 y 8 no está clara. En su redacción actual, estas

disposiciones parecen ser, en parte, redundantes. El proyecto de artículo 7 consagra la obligación del Estado de proceder a «investigaciones generales» y el proyecto de artículo 8, la obligación del Estado de llevar a cabo una «investigación preliminar» en el ejercicio de su competencia nacional, pero la diferencia entre ambos tipos de investigación no es aparente a primera vista. En el párrafo 121 de su informe, el Relator Especial señala la utilidad de que el Estado proceda a una investigación general, puesto que ello le permitirá tomar medidas inmediatas para evitar que se repitan los crímenes y establecer un fundamento general para llevar a cabo investigaciones más específicas. Ahora bien, no tiene por qué ser así. Además, las convenciones a las que remite el Relator Especial para respaldar su afirmación no distinguen siempre las «investigaciones generales» de la «investigación preliminar realizada en ejercicio de su competencia nacional».

69. El solapamiento entre los proyectos de artículo 7 y 8 es particularmente visible en el proyecto de artículo 7, párrafo 2, que dispone que el Estado de nacionalidad investigará los hechos que haya puesto en su conocimiento el Estado que procede a la investigación general. Dado que en el párrafo 125 de su informe el Relator Especial indica que la obligación de llevar a cabo una investigación general se dirige únicamente al Estado en que puedan haber ocurrido los delitos, la obligación impuesta al Estado de nacionalidad en el proyecto de artículo 7, párrafo 2, debería consistir en realizar una investigación preliminar y no una investigación general. Ahora bien, esta obligación está igualmente enunciada en el proyecto de artículo 8. Si se conserva el proyecto de artículo 7, convendría establecer un vínculo más claro con el proyecto de artículo 4 a fin de hacer hincapié en la naturaleza preventiva de la investigación general y precisar el desarrollo de este tipo de investigación. Asimismo, no se sabe bien por qué el proyecto de artículo 8, párrafo 3, impone al Estado que realiza la investigación preliminar la obligación de notificar a los Estados a que se hace referencia en el proyecto de artículo 6, párrafo 1, las conclusiones generales de su investigación, mientras que el proyecto de artículo 7, párrafo 2, prevé que el Estado que lleve a cabo una investigación general únicamente tenga la obligación de informar al Estado de nacionalidad.

70. Los proyectos de artículo 8 y 9 constituyen el elemento central del proyecto de artículos. La obligación de extraditar o juzgar es la esencia de todos los instrumentos de derecho penal recientes. Las disposiciones de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes relativas a esta obligación fueron examinadas detenidamente por la Corte Internacional de Justicia en el fallo dictado en 2012 en la causa relativa a las *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar*, y fueron también objeto de un estudio de las convenciones multilaterales que pueden resultar pertinentes para la labor de la Comisión sobre el tema de la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut iudicare*), realizado por la Secretaría en 2010<sup>102</sup>. Estos documentos podrían resultar útiles para la elaboración del proyecto de artículos y no hay duda de que el Comité de Redacción

los examinará con mayor detenimiento si cabe dado que las propuestas formuladas por el Relator Especial se alejan considerablemente de las disposiciones de algunas convenciones ampliamente ratificadas.

71. En lo que al proyecto de artículo 9, párrafo 2, se refiere, el Relator Especial ha preguntado a la Comisión si opinaba que la remisión a un tribunal «híbrido» de la persona sospechosa de haber cometido crímenes de lesa humanidad podía ser considerada una «extradición» a otro Estado o una «entrega» a un tribunal internacional. Esta cuestión no reviste interés aparente alguno, al menos en el contexto de los trabajos de la Comisión, pero, en cualquier caso, la respuesta depende del estatuto del tribunal en cuestión y, en particular, de la función que desempeñe en el ordenamiento jurídico del país.

72. En cuanto al proyecto de artículo 10, aunque pueda parecer superfluo, otras convenciones penales contienen disposiciones equivalentes y, en efecto, puede haber razones de peso para querer asegurarse de que el acusado reciba un trato justo. Por ello, parece justificado incluirlo en el proyecto de artículos.

73. En lo que respecta al programa de trabajo futuro, el Relator Especial propone que el tercer informe se ocupe en particular de los derechos y las obligaciones aplicables en materia de extradición. El orador espera que el Relator Especial no ahonde en la cuestión y se limite a sugerir la introducción en el proyecto de artículos de la disposición simple pero importante que figura en otros instrumentos de derecho penal, como el artículo 8 de la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos.

74. Al igual que el Sr. Kittichaisaree, el orador habría preferido que la Comisión avanzara con mayor velocidad en sus trabajos sobre un tema que le parece urgente e importante, pero relativamente simple. Recuerda al respecto que el proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los delitos contra los agentes diplomáticos y otras personas internacionalmente protegidas fue elaborado en un solo período de sesiones en 1972<sup>103</sup> y aprobado por la Asamblea General al año siguiente como una convención<sup>104</sup>.

75. En relación con los comentarios de los proyectos de artículo, no hace falta reproducir en ellos el informe en su integridad. La Comisión no tiene encomendada la elaboración de una tesis sobre el derecho penal internacional, por lo que sería más sensato ser conciso en los comentarios.

76. En conclusión, el orador es partidario de remitir todos los proyectos de artículo al Comité de Redacción.

*Se levanta la sesión a las 12.55 horas.*

<sup>103</sup> *Anuario... 1972*, vol. II, págs. 341 a 352, documento A/8710/Rev.1.

<sup>104</sup> Resolución 3166 (XXVIII) de la Asamblea General, de 14 diciembre de 1973, anexo.

<sup>102</sup> *Anuario... 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/630.