



**Naciones Unidas**

# **Informe de la Comisión de Derecho Internacional**

**71<sup>er</sup> período de sesiones  
(29 de abril a 7 de junio y 8 de julio  
a 9 de agosto de 2019)**

**Asamblea General**

**Documentos Oficiales**

**Septuagésimo cuarto período de sesiones**

**Suplemento núm. 10 (A/74/10)**





**Asamblea General**  
Documentos Oficiales  
Septuagésimo cuarto período de sesiones  
Suplemento núm. 10 (A/74/10)

## **Informe de la Comisión de Derecho Internacional**

**71<sup>er</sup> período de sesiones  
(29 de abril a 7 de junio y 8 de julio  
a 9 de agosto de 2019)**



**Naciones Unidas • Nueva York, 2019**

*Nota*

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

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

En la segunda parte del volumen II del *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2019*, se incluirá una versión tipografiada del informe de la Comisión.

# Índice

<i>Capítulo</i>	<i>Página</i>
I. Introducción .....	1
II. Resumen de la labor de la Comisión en su 71 <sup>er</sup> período de sesiones.....	5
III. Cuestiones específicas sobre las cuales los comentarios serían de particular interés para la Comisión .....	8
IV. Crímenes de lesa humanidad.....	10
V. Normas imperativas de derecho internacional general ( <i>ius cogens</i> ).....	154
VI. Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados .....	228
VII. La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado .....	326
VIII. Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.....	341
IX. Principios generales del derecho .....	362
X. La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional .....	374
XI. Otras decisiones y conclusiones de la Comisión .....	376
 Anexos	
A. Proyecto de cláusulas modelo sobre la aplicación provisional de los tratados.....	388
B. Reparación a las personas físicas por violaciones manifiestas del derecho internacional de los derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario.....	393
C. Prevención y represión de la piratería y el robo a mano armada en el mar .....	406

## Índice

<i>Capítulo</i>	<i>Página</i>
I. Introducción .....	1
A. Composición .....	1
B. Mesa de la Comisión y Mesa ampliada .....	2
C. Comité de Redacción .....	2
D. Grupos de trabajo y grupos de estudio .....	3
E. Secretaría .....	4
F. Programa .....	4
II. Resumen de la labor de la Comisión en su 71 <sup>er</sup> período de sesiones .....	5
III. Cuestiones específicas sobre las cuales los comentarios serían de particular interés para la Comisión .....	8
A. Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado .....	8
B. Principios generales del derecho .....	8
C. La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional .....	8
IV. Crímenes de lesa humanidad .....	10
A. Introducción .....	10
B. Examen del tema en el actual período de sesiones .....	10
C. Recomendación de la Comisión .....	11
D. Agradecimiento al Relator Especial .....	11
E. Texto del proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad .....	11
1. Texto del proyecto de artículos .....	11
2. Texto del proyecto de artículos con sus comentarios .....	23
Comentario general .....	23
Preámbulo .....	24
Comentario .....	25
Artículo 1    Ámbito de aplicación .....	28
Comentario .....	28
Artículo 2    Definición de crímenes de lesa humanidad .....	29
Comentario .....	30
Artículo 3    Obligaciones generales .....	50
Comentario .....	51
Artículo 4    Obligación de prevenir .....	57
Comentario .....	58
Artículo 5    No devolución .....	66
Comentario .....	66
Artículo 6    Criminalización en el derecho interno .....	71
Comentario .....	71

Artículo 7	Establecimiento de la competencia nacional .....	91
	Comentario .....	91
Artículo 8	Investigación .....	95
	Comentario .....	95
Artículo 9	Medidas preliminares cuando el presunto infractor se encuentre en el territorio .....	97
	Comentario .....	98
Artículo 10	<i>Aut dedere aut iudicare</i> .....	100
	Comentario .....	100
Artículo 11	Trato justo del presunto infractor .....	106
	Comentario .....	107
Artículo 12	Víctimas, testigos y otras personas .....	110
	Comentario .....	111
Artículo 13	Extradición .....	119
	Comentario .....	121
Artículo 14	Asistencia judicial recíproca .....	132
	Comentario .....	133
Artículo 15	Solución de controversias .....	141
	Comentario .....	141
Anexo .....		143
	Comentario .....	147
V.	Normas imperativas de derecho internacional general ( <i>ius cogens</i> ) .....	154
A.	Introducción .....	154
B.	Examen del tema en el actual período de sesiones .....	154
C.	Texto del proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas de derecho internacional general ( <i>ius cogens</i> ) aprobado por la Comisión en primera lectura .....	155
1.	Texto del proyecto de conclusiones .....	155
2.	Texto del proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas de derecho internacional general ( <i>ius cogens</i> ) con sus comentarios .....	161
	Primera parte	
	Introducción	
Conclusión 1	Alcance .....	161
	Comentario .....	161
Conclusión 2	Definición de norma imperativa de derecho internacional general ( <i>ius cogens</i> ) .....	162
	Comentario .....	162
Conclusión 3	Naturaleza general de las normas imperativas de derecho internacional general ( <i>ius cogens</i> ) .....	165
	Comentario .....	165

Segunda parte		
Identificación de las normas imperativas de derecho internacional general ( <i>ius cogens</i> )		
Conclusión 4	Criterios para la identificación de una norma imperativa de derecho internacional general ( <i>ius cogens</i> ) .....	172
	Comentario .....	172
Conclusión 5	Bases de las normas imperativas de derecho internacional general ( <i>ius cogens</i> ) .....	173
	Comentario .....	174
Conclusión 6	Aceptación y reconocimiento .....	179
	Comentario .....	179
Conclusión 7	Comunidad internacional de Estados en su conjunto .....	181
	Comentario .....	181
Conclusión 8	Prueba de la aceptación y el reconocimiento .....	184
	Comentario .....	184
Conclusión 9	Medios auxiliares de determinación del carácter imperativo de las normas de derecho internacional general .....	186
	Comentario .....	186
Tercera parte		
Consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general ( <i>ius cogens</i> )		
Conclusión 10	Tratados que están oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ( <i>ius cogens</i> ) .....	191
	Comentario .....	191
Conclusión 11	Divisibilidad de las disposiciones de un tratado que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ( <i>ius cogens</i> ) .....	194
	Comentario .....	194
Conclusión 12	Consecuencias de la nulidad y la terminación de los tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ( <i>ius cogens</i> ) .....	196
	Comentario .....	196
Conclusión 13	Falta de efecto de las reservas a los tratados en las normas imperativas de derecho internacional general ( <i>ius cogens</i> ) .....	197
	Comentario .....	197
Conclusión 14	Normas de derecho internacional consuetudinario que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ( <i>ius cogens</i> ) .....	199
	Comentario .....	199
Conclusión 15	Obligaciones creadas por actos unilaterales de los Estados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ( <i>ius cogens</i> ) .....	204
	Comentario .....	204
Conclusión 16	Obligaciones creadas por resoluciones, decisiones u otros actos de organizaciones internacionales que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ( <i>ius cogens</i> ) ...	206
	Comentario .....	206



Conclusión 17	Normas imperativas de derecho internacional general ( <i>ius cogens</i> ) como obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto (obligaciones <i>erga omnes</i> ).....	208
	Comentario.....	208
Conclusión 18	Normas imperativas de derecho internacional general ( <i>ius cogens</i> ) y circunstancias que excluyen la ilicitud.....	211
	Comentario.....	211
Conclusión 19	Consecuencias particulares de las violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional general ( <i>ius cogens</i> ).....	212
	Comentario.....	212
Conclusión 20	Interpretación y aplicación en consonancia con las normas imperativas de derecho internacional general ( <i>ius cogens</i> ).....	217
	Comentario.....	217
Conclusión 21	Requisitos de procedimiento.....	219
	Comentario.....	219
Cuarta parte		
Disposiciones generales		
Conclusión 22	Sin perjuicio de las consecuencias que determinadas normas imperativas de derecho internacional general ( <i>ius cogens</i> ) puedan generar de otro modo.....	222
	Comentario.....	222
Conclusión 23	Lista no exhaustiva.....	223
	Comentario.....	223
	Anexo.....	227
VI.	Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados.....	228
A.	Introducción.....	228
B.	Examen del tema en el actual período de sesiones.....	229
C.	Texto del proyecto de principios sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados aprobado por la Comisión en primera lectura.....	230
1.	Texto del proyecto de principios.....	230
2.	Texto del proyecto de principios sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, con sus comentarios.....	235
Primera parte		
Introducción		
	Comentario.....	235
Principio 1	Alcance.....	235
	Comentario.....	235
Principio 2	Propósito.....	236
	Comentario.....	236
Segunda parte		
Principios de aplicación general		
Principio 3	Medidas para mejorar la protección del medio ambiente.....	237
	Comentario.....	237

Principio 4	Designación de zonas protegidas .....	242
	Comentario.....	242
Principio 5	Protección del medio ambiente de los pueblos indígenas .....	245
	Comentario.....	245
Principio 6	Acuerdos sobre la presencia de fuerzas militares en relación con conflictos armados.....	248
	Comentario.....	248
Principio 7	Operaciones de paz .....	251
	Comentario.....	251
Principio 8	Desplazamientos humanos .....	253
	Comentario.....	253
Principio 9	Responsabilidad del Estado.....	257
	Comentario.....	257
Principio 10	Debida diligencia corporativa .....	260
	Comentario.....	260
Principio 11	Responsabilidad civil corporativa .....	266
	Comentario.....	267
Tercera parte		
Principios aplicables durante un conflicto armado		
Principio 12	Cláusula de Martens con respecto a la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados .....	270
	Comentario.....	271
Principio 13	Protección general del medio ambiente natural durante un conflicto armado.....	274
	Comentario.....	275
Principio 14	Aplicación del derecho de los conflictos armados al medio ambiente natural .....	278
	Comentario.....	278
Principio 15	Consideraciones ambientales .....	281
	Comentario.....	281
Principio 16	Prohibición de las represalias.....	282
	Comentario.....	282
Principio 17	Zonas protegidas .....	285
	Comentario.....	285
Principio 18	Prohibición del pillaje .....	286
	Comentario.....	286
Principio 19	Técnicas de modificación ambiental .....	289
	Comentario.....	289
Cuarta parte		
Principios aplicables en situaciones de ocupación		
Introducción		
	Comentario.....	291

Principio 20	Obligaciones generales de la Potencia ocupante .....	294
	Comentario.....	295
Principio 21	Utilización sostenible de los recursos naturales .....	302
	Comentario.....	302
Principio 22	Debida diligencia .....	305
	Comentario.....	306
Quinta parte		
Principios aplicables después de un conflicto armado		
Principio 23	Procesos de paz .....	308
	Comentario.....	308
Principio 24	Intercambio de información y acceso a esta.....	311
	Comentario.....	311
Principio 25	Evaluaciones ambientales y medidas de reparación posteriores a un conflicto armado.....	316
	Comentario.....	316
Principio 26	Socorro y asistencia.....	318
	Comentario.....	318
Principio 27	Restos de guerra .....	321
	Comentario.....	321
Principio 28	Restos de guerra en el mar .....	324
	Comentario.....	324
VII.	La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado .....	326
A.	Introducción.....	326
B.	Examen del tema en el actual período de sesiones .....	326
1.	Presentación del tercer informe por el Relator Especial.....	328
2.	Resumen del debate.....	330
3.	Observaciones finales del Relator Especial.....	334
C.	Texto de los proyectos de artículo sobre la sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado aprobados provisionalmente hasta el momento por la Comisión.....	336
1.	Texto de los proyectos de artículo.....	336
2.	Texto del proyecto de artículos, con sus comentarios, aprobado provisionalmente por la Comisión en su 71 <sup>er</sup> período de sesiones .....	337
Artículo 1	Alcance.....	337
	Comentario.....	337
Artículo 2	Términos empleados .....	338
	Comentario.....	339
Artículo 5	Casos de sucesión de Estados comprendidos en el presente proyecto de artículos .....	339
	Comentario.....	339
VIII.	Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.....	341
A.	Introducción.....	341

B.	Examen del tema en el actual período de sesiones .....	342
1.	Presentación de los informes sexto y séptimo por la Relatora Especial .....	343
2.	Resumen del debate.....	350
3.	Observaciones finales de la Relatora Especial .....	358
IX.	Principios generales del derecho .....	362
A.	Introducción.....	362
B.	Examen del tema en el actual período de sesiones .....	362
1.	Presentación del primer informe por el Relator Especial .....	363
2.	Resumen del debate.....	366
3.	Observaciones finales del Relator Especial.....	370
X.	La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional .....	374
A.	Introducción.....	374
B.	Examen del tema en el actual período de sesiones .....	374
XI.	Otras decisiones y conclusiones de la Comisión.....	376
A.	Aplicación provisional de los tratados.....	376
B.	La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional.....	378
C.	Solicitud de la Comisión a la Secretaría de que prepare estudios sobre temas del programa de la Comisión.....	378
D.	Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión y su documentación .....	379
1.	Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo.....	379
2.	Grupo de Trabajo sobre los métodos de trabajo de la Comisión .....	379
3.	Examen de la resolución 73/207 de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 2018, sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional.....	379
4.	Honorarios.....	381
5.	Documentación y publicaciones.....	381
6.	<i>Anuario de la Comisión de Derecho Internacional</i> .....	382
7.	Asistencia de la División de Codificación.....	383
8.	Sítios web .....	383
9.	Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.....	383
E.	Fecha y lugar de celebración del 72º período de sesiones de la Comisión .....	383
F.	Cooperación con otros órganos.....	383
G.	Representación en el septuagésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General ....	385
H.	Seminario de Derecho Internacional.....	385
Anexos		
A.	Proyecto de cláusulas modelo sobre la aplicación provisional de los tratados .....	388
B.	Reparación a las personas físicas por violaciones manifiestas del derecho internacional de los derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario.....	393
C.	Prevención y represión de la piratería y el robo a mano armada en el mar.....	406

## Capítulo I Introducción

1. La Comisión de Derecho Internacional celebró, en su sede de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, la primera parte de su 71<sup>er</sup> período de sesiones del 29 de abril al 7 de junio de 2019 y la segunda parte del 8 de julio al 9 de agosto de 2019. Declaró abierto el período de sesiones el Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Presidente de la Comisión en su 71<sup>er</sup> período de sesiones.

### A. Composición

2. La Comisión está integrada por los siguientes miembros:

Sr. Ali Mohsen Fetais Al-Marri (Qatar)

Sr. Carlos J. Argüello Gómez (Nicaragua)

Sr. Bogdan Aurescu (Rumania)

Sr. Yacouba Cissé (Côte d'Ivoire)

Sra. Concepción Escobar Hernández (España)

Sra. Patrícia Galvão Teles (Portugal)

Sr. Juan Manuel Gómez Robledo (México)

Sr. Claudio Grossman Guiloff (Chile)

Sr. Hussein A. Hassouna (Egipto)

Sr. Mahmoud D. Hmoud (Jordania)

Sr. Huikang Huang (China)

Sr. Charles Chernor Jalloh (Sierra Leona)

Sr. Ahmed Laraba (Argelia)

Sra. Marja Lehto (Finlandia)

Sr. Shinya Murase (Japón)

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

Sr. Hong Thao Nguyen (Viet Nam)

Sr. Georg Nolte (Alemania)

Sra. Nilüfer Oral (Turquía)

Sr. Hassan Ouazzani Chahdi (Marruecos)

Sr. Ki Gab Park (República de Corea)

Sr. Chris Maina Peter (República Unida de Tanzania)

Sr. Ernest Petrič (Eslovenia)

Sr. Aniruddha Rajput (India)

Sr. August Reinisch (Austria)

Sr. Juan José Ruda Santolaria (Perú)

Sr. Gilberto Vergne Saboia (Brasil)

Sr. Pavel Šturma (República Checa)

Sr. Dire D. Tladi (Sudáfrica)

Sr. Eduardo Valencia-Ospina (Colombia)

Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez (Ecuador)  
 Sr. Amos S. Wako (Kenya)  
 Sir Michael Wood (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte)  
 Sr. Evgeny Zagaynov (Federación de Rusia)

## B. Mesa de la Comisión y Mesa ampliada

3. En su 3453ª sesión, celebrada el 29 de abril de 2019, la Comisión eligió a los siguientes miembros de la Mesa:

<i>Presidente:</i>	Sr. Pavel Šturma (República Checa)
<i>Vicepresidente Primero:</i>	Sr. Mahmoud D. Hmoud (Jordania)
<i>Vicepresidente Segundo:</i>	Sra. Nilüfer Oral (Turquía)
<i>Presidente del Comité de Redacción:</i>	Sr. Claudio Grossman Guiloff (Chile)
<i>Relator:</i>	Sr. Charles Chernor Jalloh (Sierra Leona)

4. La Mesa ampliada de la Comisión estuvo integrada por los miembros de la Mesa del actual período de sesiones, los Presidentes anteriores de la Comisión<sup>1</sup> y los Relatores Especiales<sup>2</sup>.

5. En su 3470ª sesión, celebrada el 24 de mayo de 2019, la Comisión estableció un Grupo de Planificación integrado por los siguientes miembros: Sr. Mahmoud D. Hmoud (Presidente) Sr. Carlos J. Argüello Gómez, Sr. Yacouba Cissé, Sra. Concepción Escobar Hernández, Sra. Patrícia Galvão Teles, Sr. Juan Manuel Gómez Robledo, Sr. Claudio Grossman Guiloff, Sr. Hussein A. Hassouna, Sr. Huikang Huang, Sr. Ahmed Laraba, Sra. Marja Lehto, Sr. Shinya Murase, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Hong Thao Nguyen, Sr. Georg Nolte, Sra. Nilüfer Oral, Sr. Hassan Ouazzani Chahdi, Sr. Ki Gab Park, Sr. Ernest Petrič, Sr. Aniruddha Rajput, Sr. August Reinisch, Sr. Juan José Ruda Santolaria, Sr. Gilberto Vergne Saboia, Sr. Pavel Šturma, Sr. Dire D. Tladi, Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood, Sr. Evgeny Zagaynov y Sr. Charles Chernor Jalloh (*ex officio*).

## C. Comité de Redacción

6. En sus sesiones 3454ª, 3458ª, 3471ª, 3476ª, 3488ª y 3494ª, celebradas el 30 de abril, los días 7 y 27 de mayo y los días 9, 23 y 30 de julio de 2019, la Comisión estableció un Comité de Redacción integrado por los miembros que se mencionan más abajo para los temas que se indican a continuación:

a) *Normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens):* Sr. Claudio Grossman Guiloff (Presidente), Sr. Dire D. Tladi (Relator Especial), Sr. Carlos J. Argüello Gómez, Sr. Yacouba Cissé, Sra. Patrícia Galvão Teles, Sr. Juan Manuel Gómez Robledo, Sr. Huikang Huang, Sra. Marja Lehto, Sr. Shinya Murase, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Hong Thao Nguyen, Sr. Georg Nolte, Sra. Nilüfer Oral, Sr. Hassan Ouazzani Chahdi, Sr. Ki Gab Park, Sr. Aniruddha Rajput, Sr. August Reinisch, Sr. Juan José Ruda Santolaria, Sr. Gilberto Vergne Saboia, Sr. Pavel Šturma, Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood, Sr. Evgeny Zagaynov y Sr. Charles Chernor Jalloh (*ex officio*);

b) *Crímenes de lesa humanidad:* Sr. Claudio Grossman Guiloff (Presidente), Sr. Sean D. Murphy (Relator Especial), Sr. Bogdan Aurescu, Sra. Concepción Escobar Hernández, Sra. Patrícia Galvão Teles, Sr. Mahmoud D. Hmoud, Sr. Huikang Huang, Sra. Marja Lehto, Sr. Shinya Murase, Sr. Hong Thao Nguyen, Sr. Georg Nolte, Sr. Ki Gab Park, Sr. Ernest Petrič, Sr. Aniruddha Rajput, Sr. August Reinisch, Sr. Juan José Ruda

<sup>1</sup> Sr. Georg Nolte, Sr. Ernest Petrič y Sr. Eduardo Valencia-Ospina.

<sup>2</sup> Sra. Concepción Escobar Hernández, Sr. Juan Manuel Gómez Robledo, Sra. Marja Lehto, Sr. Shinya Murase, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Dire D. Tladi y Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez.

Santolaria, Sr. Gilberto Vergne Saboia, Sr. Pavel Šturma, Sr. Dire D. Tladi, Sir Michael Wood, Sr. Evgeny Zagaynov y Sr. Charles Chernor Jalloh (*ex officio*);

c) *Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados*: Sr. Claudio Grossman Guiloff (Presidente), Sra. Marja Lehto (Relatora Especial), Sra. Concepción Escobar Hernández, Sra. Patrícia Galvão Teles, Sr. Mahmoud D. Hmoud, Sr. Huikang Huang, Sr. Shinya Murase, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Hong Thao Nguyen, Sr. Georg Nolte, Sra. Nilüfer Oral, Sr. Ki Gab Park, Sr. Aniruddha Rajput, Sr. Juan José Ruda Santolaria, Sr. Dire D. Tladi, Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood y Sr. Charles Chernor Jalloh (*ex officio*);

d) *La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado*: Sr. Claudio Grossman Guiloff (Presidente), Sr. Pavel Šturma (Relator Especial), Sr. Bogdan Aurescu, Sr. Huikang Huang, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Hong Thao Nguyen, Sr. Georg Nolte, Sra. Nilüfer Oral, Sr. Ki Gab Park, Sr. August Reinisch, Sr. Juan José Ruda Santolaria, Sr. Evgeny Zagaynov y Sr. Charles Chernor Jalloh (*ex officio*);

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

f) *Principios generales del derecho*: Sr. Claudio Grossman Guiloff (Presidente), Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez (Relator Especial), Sr. Carlos J. Argüello Gómez, Sra. Patrícia Galvão Teles, Sr. Juan Manuel Gómez Robledo, Sr. Mahmoud D. Hmoud, Sr. Huikang Huang, Sra. Marja Lehto, Sr. Shinya Murase, Sr. Sean D. Murphy, Sr. Hong Thao Nguyen, Sr. Georg Nolte, Sra. Nilüfer Oral, Sr. Ki Gab Park, Sr. August Reinisch, Sr. Juan José Ruda Santolaria, Sr. Dire D. Tladi, Sir Michael Wood, Sr. Evgeny Zagaynov y Sr. Charles Chernor Jalloh (*ex officio*).

7. El Comité de Redacción celebró un total de 43 sesiones sobre los seis temas antes indicados.

## D. Grupos de trabajo y grupos de estudio

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

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

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

9. En su 3467ª sesión, celebrada el 21 de mayo de 2019, la Comisión estableció un Grupo de Estudio de composición abierta sobre la elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional, copresidido, con carácter rotatorio, por el Sr. Bogdan Aurescu, el Sr. Yacouba Cissé, la Sra. Patrícia Galvão Teles, la Sra. Nilüfer Oral y el Sr. Juan José Ruda Santolaria.

## **E. Secretaría**

10. El Sr. Miguel de Serpa Soares, Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos y Asesor Jurídico de las Naciones Unidas, representó al Secretario General. El Sr. Huw Llewellyn, Director de la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos, hizo las veces de Secretario de la Comisión y, en ausencia del Asesor Jurídico, representó al Secretario General. El Sr. Arnold Pronto y la Sra. Jessica M. Elbaz, Oficiales Jurídicos Principales, desempeñaron las funciones de Secretarios Auxiliares Principales de la Comisión. El Sr. Trevor Chimimba, Oficial Jurídico Superior, desempeñó las funciones de Secretario Auxiliar Superior de la Comisión. El Sr. David Nanopoulos, la Sra. Carla Hoe y la Sra. Christiane Ahlborn, Oficiales Jurídicos, y la Sra. Shin Yi Mak, Oficial Jurídica Adjunta, desempeñaron las funciones de Secretarios Auxiliares de la Comisión.

## **F. Programa**

11. La Comisión aprobó el programa de su 71<sup>er</sup> período de sesiones, que incluía los siguientes temas:

1. Organización de los trabajos del período de sesiones.
2. Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.
3. Crímenes de lesa humanidad.
4. Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados.
5. Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).
6. La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado.
7. Principios generales del derecho.
8. La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional.
9. Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión y su documentación.
10. Fecha y lugar de celebración del 72º período de sesiones.
11. Cooperación con otros órganos.
12. Otros asuntos.



## Capítulo II

### Resumen de la labor de la Comisión en su 71<sup>er</sup> período de sesiones

12. En relación con el tema “**Crímenes de lesa humanidad**”, 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 Gobiernos, organizaciones internacionales y otros interesados ([A/CN.4/726](#), [Add.1](#) y [Add.2](#)). En el cuarto informe se abordaban los comentarios y observaciones de los Gobiernos, las organizaciones internacionales y otros interesados sobre el proyecto de artículos, con sus comentarios, aprobado en primera lectura y se formulaban recomendaciones respecto de cada proyecto de artículo.

13. La Comisión aprobó, en segunda lectura, la totalidad del proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad, integrado por 1 proyecto de preámbulo, 15 proyectos de artículo y 1 proyecto de anexo, con sus comentarios. De conformidad con el artículo 23 de su estatuto, la Comisión decidió 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 (cap. IV).

14. En cuanto al tema “**Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)**”, la Comisión tuvo ante sí el cuarto informe del Relator Especial ([A/CN.4/727](#)), en el que se examinaban la cuestión de la existencia de un *ius cogens* regional y la inclusión de una lista ilustrativa tomando como base normas cuyo carácter imperativo había sido reconocido anteriormente por la Comisión. Tras el debate en sesión plenaria, la Comisión decidió remitir el proyecto de conclusión propuesto en el cuarto informe al Comité de Redacción.

15. Posteriormente, la Comisión aprobó en primera lectura 23 proyectos de conclusión y 1 proyecto de anexo, con sus comentarios, sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). De conformidad con los artículos 16 a 21 de su estatuto, la Comisión decidió remitir los proyectos de conclusión, por conducto del Secretario General, a los Gobiernos para que formularan comentarios y observaciones, solicitándoles que hicieran llegar dichos comentarios y observaciones al Secretario General antes del 1 de diciembre de 2020 (cap. V).

16. Con respecto al tema “**Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados**”, la Comisión tuvo ante sí el segundo informe de la Relatora Especial ([A/CN.4/728](#)), en el que se examinaban cuestiones relacionadas con la protección del medio ambiente en los conflictos armados no internacionales y otras relativas a la responsabilidad en sentido general y la responsabilidad civil por daños ambientales. Tras el debate en sesión plenaria, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los siete proyectos de principio que había propuesto la Relatora Especial en su segundo informe.

17. Como resultado del examen del tema en el actual período de sesiones, la Comisión aprobó, en primera lectura, 28 proyectos de principio, con sus comentarios, sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados. De conformidad con los artículos 16 a 21 de su estatuto, la Comisión decidió remitir los proyectos de principio, por conducto del Secretario General, a los Gobiernos, las organizaciones internacionales, incluido el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, y a otros interesados, como el Comité Internacional de la Cruz Roja y el Environmental Law Institute, para que formularan comentarios y observaciones, solicitándoles que hicieran llegar dichos comentarios y observaciones al Secretario General antes del 1 de diciembre de 2020. (cap. VI).

18. En cuanto al tema “**La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado**”, la Comisión tuvo ante sí el tercer informe del Relator Especial ([A/CN.4/731](#)), en el que se abordaban cuestiones introductorias, incluidas ciertas consideraciones generales, cuestiones relativas a la reparación por el perjuicio resultante de hechos

internacionalmente ilícitos contra el Estado predecesor, así como contra sus nacionales, y propuestas técnicas en relación con la organización del proyecto de artículos. Tras el debate en sesión plenaria, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de artículo 2, párrafo f), X, Y, 12, 13, 14 y 15, y los títulos de las partes segunda y tercera, que figuraban en el tercer informe del Relator Especial. Después de examinar el primer informe del Comité de Redacción, la Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 1, 2 y 5, con sus comentarios. Además, la Comisión tomó nota del informe provisional del Presidente del Comité de Redacción sobre los proyectos de artículo 7, 8 y 9, aprobados provisionalmente por el Comité, que fueron presentados a la Comisión a título informativo únicamente (cap. VII).

19. En relación con el tema **“Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”**, la Comisión tuvo ante sí los informes sexto (A/CN.4/722) y séptimo (A/CN.4/729) de la Relatora Especial, dedicados a los aspectos procesales de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera. En particular, en el sexto informe, cuyo debate no concluyó en el 70º período de sesiones, celebrado en 2018, se hacía un análisis de tres de los componentes de los aspectos procesales relacionados con el concepto de jurisdicción, a saber: a) el elemento temporal; b) el tipo de actos afectados; y c) la determinación de la inmunidad. En el séptimo informe se completaba el examen de los aspectos procesales de la inmunidad relativos a la relación entre la jurisdicción y los aspectos procesales de la inmunidad, se abordaban cuestiones relacionadas con la invocación de la inmunidad y la renuncia a esta, se examinaban aspectos relativos a las garantías procesales en relación con el Estado del foro y con el Estado del funcionario, se examinaban los derechos y garantías procesales del funcionario y se proponían nueve proyectos de artículo. Tras el debate en sesión plenaria, la Comisión decidió remitir los proyectos de artículo 8 a 16 al Comité de Redacción, teniendo en cuenta el debate y las propuestas formuladas en sesión plenaria. La Comisión recibió y tomó nota del informe provisional del Presidente del Comité de Redacción sobre el proyecto de artículo 8 *ante*, que fue presentado a la Comisión a título informativo únicamente (cap. VIII).

20. Por lo que se refiere al tema **“Principios generales del derecho”**, la Comisión tuvo ante sí el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/732), que se ocupaba del alcance del tema y exponía las principales cuestiones que debían abordarse en los trabajos de la Comisión. En el informe también se abordaba la labor anterior de la Comisión en relación con los principios generales del derecho y se ofrecía un panorama general de la evolución en el tiempo de estos, así como una evaluación inicial de ciertos aspectos básicos del tema y de la labor futura sobre el mismo. Tras el debate en sesión plenaria, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de conclusión 1 a 3 que figuraban en el informe del Relator Especial. Posteriormente, la Comisión tomó nota del informe provisional del Presidente del Comité de Redacción sobre el proyecto de conclusión 1, aprobado provisionalmente por el Comité, que fue presentado a la Comisión a título informativo únicamente (cap. IX).

21. Con respecto al tema **“La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional”**, la Comisión decidió incluirlo en su programa de trabajo y estableció un Grupo de Estudio, que copresidirían, de manera rotatoria, el Sr. Bogdan Aurescu, el Sr. Yacouba Cissé, la Sra. Patrícia Galvão Teles, la Sra. Nilüfer Oral y el Sr. Juan José Ruda Santolaria. El Grupo de Estudio celebró una reunión, en la que convino en su composición, métodos y programa de trabajo, tomando como base los tres subtemas identificados en la sinopsis. Posteriormente, la Comisión tomó nota del informe oral conjunto de los copresidentes del Grupo de Estudio (caps. X y XI, secc. B).

22. En cuanto a **“Otras decisiones y conclusiones de la Comisión”**, la Comisión tomó nota de un informe oral del Sr. Juan Manuel Gómez Robledo, Relator Especial para el tema **“Aplicación provisional de los tratados”**, acerca de las consultas officiosas celebradas para examinar los proyectos de cláusulas modelo sobre la aplicación provisional de los tratados, y decidió adjuntar al informe la propuesta revisada del Relator Especial sobre los proyectos de cláusulas modelo, con objeto de recabar comentarios de los Gobiernos antes de que se iniciara la segunda lectura del proyecto de Guía para la Aplicación Provisional de los Tratados en el 72º período de sesiones de la Comisión (cap. XI, secc. A y anexo A).

23. La Comisión volvió a establecer un Grupo de Planificación para que examinara el programa, los procedimientos y los métodos de trabajo, el cual, a su vez, decidió constituir de nuevo el Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo, presidido por el Sr. Mahmoud D. Hmoud, y el Grupo de Trabajo sobre los métodos de trabajo, presidido por el Sr. Hussein A. Hassouna (cap. XI, secc. D). La Comisión decidió incluir en su programa de trabajo a largo plazo los siguientes temas: a) **“Reparación a las personas físicas por violaciones manifiestas del derecho internacional de los derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario”**, y b) **“Prevención y represión de la piratería y el robo a mano armada en el mar”** (cap. XI, secc. D, y anexos B y C).

24. La Comisión recibió al Sr. Abdulqawi Ahmed Yusuf, Presidente de la Corte Internacional de Justicia, y prosiguió sus tradicionales intercambios de información con el Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público del Consejo de Europa, el Comité Jurídico Interamericano, la Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana y la Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana. Los miembros de la Comisión mantuvieron también un intercambio informal de opiniones con el Comité Internacional de la Cruz Roja (cap. XI, secc. F).

25. La Comisión decidió que su 72º período de sesiones tendría lugar en Ginebra, del 27 de abril al 5 de junio y del 6 de julio al 7 de agosto de 2020 (cap. XI, secc. E).

### Capítulo III

## Cuestiones específicas sobre las cuales los comentarios serían de particular interés para la Comisión

26. La Comisión desea recordar la aprobación, en su 70º período de sesiones, celebrado en 2018, del texto en primera lectura del proyecto de Guía para la Aplicación Provisional de los Tratados, y la subsiguiente petición de comentarios y observaciones a los Gobiernos y las organizaciones internacionales<sup>3</sup>. La Comisión invita a los Gobiernos y a las organizaciones internacionales a que consideren la posibilidad de incluir también comentarios y observaciones acerca del proyecto de cláusulas modelo sobre la aplicación provisional, que figura en el anexo A del presente informe.

27. La Comisión considera que sigue siendo relevante la solicitud de información que figura en el capítulo III del informe sobre su 70º período de sesiones (2018) acerca del tema “La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado”<sup>4</sup>, y agradecería cualquier información adicional.

28. La Comisión también agradecería que le facilitaran información en respuesta a las cuestiones y solicitudes que figuran a continuación, antes del 31 de diciembre de 2019 (salvo que se estipule otra cosa), a fin de que se tenga en cuenta en los respectivos informes de los Relatores Especiales y copresidentes del Grupo de Estudio sobre el tema “La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional”.

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

29. La Comisión agradecería cualquier información que los Estados puedan proporcionar sobre la existencia de manuales, guías, protocolos o instrucciones operativas dirigidas a los funcionarios y órganos del Estado competentes para adoptar alguna decisión que pueda afectar a los funcionarios extranjeros y a su inmunidad de jurisdicción penal en el territorio del Estado del foro.

#### B. Principios generales del derecho

30. La Comisión solicita a los Estados que le faciliten información sobre su práctica relativa a los principios generales del derecho, en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, incluida la que figure en:

- a) decisiones de cortes y tribunales nacionales, así como en legislación y cualquier otra práctica relevante de carácter nacional;
- b) alegatos ante cortes y tribunales internacionales;
- c) declaraciones formuladas en organizaciones internacionales, conferencias internacionales y otros foros, y
- d) práctica convencional.

#### C. La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional

31. La Comisión agradecería cualquier información que los Estados, las organizaciones internacionales y el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja

<sup>3</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/73/10)*, párr. 88.

<sup>4</sup> *Ibid.*, párr. 36.

podrían facilitarle sobre su práctica y otra información pertinente acerca de la elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional.

32. En el 72º período de sesiones (2020), el Grupo de Estudio se centrará en el tema de la elevación del nivel del mar en relación con el derecho del mar. En conexión con dicho tema, la Comisión agradecería que los Estados le hicieran llegar, antes del 31 de diciembre de 2019, ejemplos que puedan ser pertinentes (aunque sea de manera indirecta) de su práctica en relación con la elevación del nivel del mar o con otros cambios en circunstancias de naturaleza similar. Dicha práctica podría estar relacionada, por ejemplo, con las líneas de base y, en su caso, las líneas de base archipelágicas, las líneas de cierre, las elevaciones en bajamar, las islas, las islas artificiales, la recuperación de tierras y otras medidas de fortificación de zonas costeras, los límites de las zonas marítimas la delimitación de las fronteras marítimas y cualquier otra cuestión pertinente para el tema. Entre el material relevante cabría mencionar:

- a) tratados bilaterales o multilaterales, en particular tratados de delimitación de fronteras marítimas;
- b) legislación o normativa nacional, en particular cualquier disposición relacionada con los efectos de la elevación del nivel del mar en las líneas de base o, de manera más general, en las zonas marítimas;
- c) declaraciones escritas y orales u otras comunicaciones en relación con tratados o con la práctica de los Estados;
- d) jurisprudencia de cortes o tribunales nacionales o internacionales y conclusiones de otros procesos relevantes para el arreglo de controversias relacionadas con el derecho del mar;
- e) toda observación relacionada con la elevación del nivel del mar en el contexto de la obligación de los Estados parte en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de depositar cartas y listas de coordenadas geográficas de los puntos, y
- f) cualquier otra información relevante, como declaraciones formuladas en foros internacionales y dictámenes y estudios jurídicos.

33. La Comisión también agradecería que se le facilitara, en el momento oportuno, cualquier información relacionada con la condición de Estado y la protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar, que se mencionan en la sinopsis del tema<sup>5</sup>. Ambas cuestiones serán examinadas por el Grupo de Estudio en el 73º período de sesiones (2021) de la Comisión.

---

<sup>5</sup> *Ibid.*, anexo B.

## 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. Murphy<sup>6</sup>. 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 Especial<sup>7</sup> y un memorando de la Secretaría<sup>8</sup>.

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 comentarios<sup>9</sup>. 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 observaciones<sup>10</sup>.

#### 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<sup>a</sup> a 3458<sup>a</sup>, 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<sup>a</sup> 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<sup>a</sup> a 3499<sup>a</sup>, 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.

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

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

<sup>8</sup> [A/CN.4/698](#).

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

<sup>10</sup> *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<sup>er</sup> 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 genocidio<sup>11</sup> y los crímenes de guerra<sup>12</sup> 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 genocidio<sup>13</sup>.

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 corrupción<sup>14</sup> o la delincuencia organizada transnacional<sup>15</sup>. 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

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> 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”).

<sup>13</sup> 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).

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> 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”<sup>16</sup>. 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 Internacional<sup>17</sup> 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,

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> 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*),

*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,

[...]

### 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 Unidas<sup>18</sup>. 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

<sup>18</sup> 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 Roma<sup>19</sup>.

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 carácter<sup>20</sup>. La Comisión ha indicado anteriormente que la prohibición de los crímenes de lesa humanidad está claramente aceptada y reconocida como norma imperativa de derecho internacional<sup>21</sup>. La Corte Internacional de Justicia ha establecido que la prohibición de determinados actos, como la tortura<sup>22</sup>, tiene carácter de *ius cogens*<sup>23</sup>, 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 humanos<sup>24</sup>, las cortes y tribunales penales internacionales<sup>25</sup> y algunas cortes y tribunales nacionales<sup>26</sup>. Si

<sup>19</sup> 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.

<sup>20</sup> 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*).

<sup>21</sup> *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*”).

<sup>22</sup> 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”).

<sup>23</sup> *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.

<sup>24</sup> 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*”).

<sup>25</sup> 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*”).

<sup>26</sup> 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”<sup>27</sup>. 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”<sup>28</sup>. 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.

<sup>27</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 28.

<sup>28</sup> *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 perpetraron<sup>29</sup>.

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”<sup>30</sup>.

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,

<sup>29</sup> 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”).

<sup>30</sup> *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”<sup>31</sup>.

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”<sup>32</sup>. 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”<sup>33</sup>, 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...”<sup>34</sup>. 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 discriminatoria<sup>35</sup>. Los crímenes de lesa humanidad también han sido definidos en el ámbito de competencia de cortes o tribunales penales híbridos<sup>36</sup>.

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

<sup>31</sup> *Yearbook... 1954*, vol. II, pág. 150, párr. 50, art. 2, párr. 11.

<sup>32</sup> 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”).

<sup>33</sup> 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.

<sup>34</sup> 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”).

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

<sup>36</sup> 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 nacional<sup>37</sup>. 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 Internacional<sup>38</sup>, 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 Rwanda<sup>39</sup>, aunque, en algunas decisiones, el Tribunal

<sup>37</sup> 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](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](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.

<sup>38</sup> 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](http://www.icc-cpi.int), págs. 250 a 257.

<sup>39</sup> 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 Estatuto<sup>40</sup>. 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 crimen<sup>41</sup>. 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]”<sup>42</sup>.

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 supuestos<sup>43</sup>. 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 disyuntivo<sup>44</sup>, 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.

- <sup>40</sup> *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.
- <sup>41</sup> Véanse, por ejemplo, *Prosecutor v. Mile Mrkić, 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”).
- <sup>42</sup> *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”).
- <sup>43</sup> 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).
- <sup>44</sup> 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”<sup>45</sup>. Así pues, este requisito denota una “multiplicidad de víctimas”<sup>46</sup> y excluye los actos aislados de violencia<sup>47</sup>, 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”<sup>48</sup>. 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.

<sup>45</sup> *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.

<sup>46</sup> *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”.

<sup>47</sup> 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.

<sup>48</sup> *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 amplia<sup>49</sup>. 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 lugares<sup>50</sup>. 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 víctimas<sup>51</sup>. 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 civiles<sup>52</sup>.

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”<sup>53</sup>. Un ataque puede ser generalizado debido al efecto acumulativo de múltiples actos inhumanos o al resultado de un solo acto inhumano de extraordinaria magnitud<sup>54</sup>.

15) Al igual que el término “generalizado”, el término “sistemático” excluye los actos de violencia aislados o no conectados entre sí<sup>55</sup>, 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”<sup>56</sup> y estableció que la prueba de un patrón o plan metódico determinaba que un ataque fuera sistemático<sup>57</sup>. 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”<sup>58</sup>. El Tribunal Penal Internacional para Rwanda ha adoptado un criterio similar<sup>59</sup>.

<sup>49</sup> *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.

<sup>50</sup> 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.

<sup>51</sup> *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.

<sup>52</sup> *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.

<sup>53</sup> *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.

<sup>54</sup> *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”).

<sup>55</sup> 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.

<sup>56</sup> *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.

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

<sup>58</sup> *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.

<sup>59</sup> *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”<sup>60</sup>. 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’”<sup>61</sup>. 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”<sup>62</sup>. 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”<sup>63</sup>. 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”<sup>64</sup>.

“*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”<sup>65</sup>. 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 accidentales<sup>66</sup>. Las Salas de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional adoptaron posteriormente esta interpretación en las causas *Bemba* y *Situación en la*

<sup>60</sup> *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.

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

<sup>62</sup> *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.

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

<sup>64</sup> *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.

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

<sup>66</sup> 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*<sup>67</sup>, al igual que las Salas de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional en los fallos de las causas *Katanga* y *Bemba*<sup>68</sup>. 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 Centroafricana<sup>69</sup>. 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 patios<sup>70</sup>. 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 persiguiendo<sup>71</sup>. La palabra “contra” hace hincapié en la intención del ataque y no en el resultado físico del mismo<sup>72</sup>. Es el ataque, y no los actos del autor concreto, el que ha de estar dirigido “contra” la población que constituye el objetivo<sup>73</sup>. 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]”<sup>74</sup>. 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”<sup>75</sup>.

19) La palabra “una” indica que la expresión “población civil” ha de tener una definición amplia y debe, por tanto, interpretarse en sentido general<sup>76</sup>. Un ataque se puede cometer contra civiles, “independientemente de su nacionalidad, origen étnico o cualquier otra característica distintiva”<sup>77</sup> y se puede perpetrar contra nacionales o extranjeros<sup>78</sup>. Puede ser objeto de un ataque, entre otros, “un grupo definido por su (presunta) afiliación política”<sup>79</sup>. Para que puedan ser considerados “población civil” en tiempos de conflicto armado, quienes son objeto del ataque han de tener carácter “predominantemente” civil<sup>80</sup>; la presencia de algunos combatientes dentro de la población no cambia su naturaleza<sup>81</sup>. Este

<sup>67</sup> *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.

<sup>68</sup> *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.

<sup>69</sup> *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.

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

<sup>71</sup> *Ibid.*, párrs. 95 a 98.

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

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

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

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

<sup>76</sup> 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.

<sup>77</sup> *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.

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

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

<sup>80</sup> 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”).

<sup>81</sup> 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”<sup>82</sup>. 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 atacadas<sup>83</sup>. La condición de cada víctima ha de evaluarse en el momento de la comisión del delito<sup>84</sup>; 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 ataque<sup>85</sup>, sino que indica el carácter colectivo del crimen como un ataque contra múltiples víctimas<sup>86</sup>. 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.

<sup>82</sup> Protocolo adicional I, art. 50, párr. 3.

<sup>83</sup> *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”).

<sup>84</sup> 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.

<sup>85</sup> 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)).

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

azar”<sup>87</sup>. 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 personas<sup>88</sup>.

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 Tribunales<sup>89</sup> 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”<sup>90</sup>. 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”<sup>91</sup>.

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 Roma<sup>92</sup>. 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 humanidad<sup>93</sup>, parte de la

<sup>87</sup> *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.

<sup>88</sup> *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.

<sup>89</sup> 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”).

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

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

<sup>92</sup> 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).

<sup>93</sup> 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 necesario<sup>94</sup>. 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 actos<sup>95</sup>.

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”<sup>96</sup>. 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 sistemático<sup>97</sup>.

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*”<sup>98</sup>. 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 Estado<sup>99</sup>. 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”<sup>100</sup>. 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

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

<sup>95</sup> *Ibid.*, párr. 653.

<sup>96</sup> *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).

<sup>97</sup> 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.

<sup>98</sup> 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).

<sup>99</sup> *Ibid.*

<sup>100</sup> 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 organización<sup>101</sup>. 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 civil<sup>102</sup> 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”<sup>103</sup>.

26) Este elemento de “política” se ha examinado en varias causas sustanciadas ante la Corte Penal Internacional<sup>104</sup>. 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”<sup>105</sup>. Mientras que “sistemático” requiere altos niveles de organización y patrones de conducta o una violencia recurrente<sup>106</sup>, 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”<sup>107</sup>. 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 circunstancias<sup>108</sup>. 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 colectiva<sup>109</sup>. Asimismo, la política no tiene que ser concreta o precisa y puede evolucionar con el tiempo a medida que varían las circunstancias<sup>110</sup>. 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 ello<sup>111</sup>.

<sup>101</sup> 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.*

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

<sup>103</sup> *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”).

<sup>104</sup> 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.

<sup>105</sup> *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.

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

<sup>107</sup> *Ibid.*, párr. 1113.

<sup>108</sup> *Ibid.*, párrs. 1108, 1109 y 1113.

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

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

<sup>111</sup> *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”<sup>112</sup>. 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”<sup>113</sup>. El elemento de política requiere que los actos estén “vinculados” a un Estado o una organización<sup>114</sup> y excluye “actos espontáneos o aislados de violencia”; en cambio, una política no tiene que ser adoptada formalmente<sup>115</sup> y no se requieren pruebas de razones o motivos concretos<sup>116</sup>. 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”<sup>117</sup>. 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 Centroafricana<sup>118</sup>.

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”<sup>119</sup>. A continuación, la Sala señaló que una política adoptada por órganos regionales o locales del Estado podría cumplir el requisito de la política del Estado<sup>120</sup>.

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”<sup>121</sup>. 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”<sup>122</sup>.

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 [...]”

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

<sup>113</sup> *Ibid.*, párr. 216.

<sup>114</sup> *Ibid.*, párr. 217.

<sup>115</sup> *Ibid.*, párr. 215.

<sup>116</sup> *Ibid.*, párr. 214.

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

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

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

<sup>120</sup> *Ibid.*

<sup>121</sup> *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.

<sup>122</sup> *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”<sup>123</sup>. 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 mencionados<sup>124</sup>.

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”<sup>125</sup>. 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”<sup>126</sup>. 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

<sup>123</sup> *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).

<sup>124</sup> *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.

<sup>125</sup> *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).

<sup>126</sup> 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”<sup>127</sup>. 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”<sup>128</sup>. 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 humanidad<sup>129</sup>.

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 Congo<sup>130</sup>. 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”<sup>131</sup>. 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”<sup>132</sup> dotado de “una organización jerárquica y un funcionamiento de carácter militar”<sup>133</sup>. 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 kalenjin”<sup>134</sup>. 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”<sup>135</sup>.

“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

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

<sup>128</sup> *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.

<sup>129</sup> *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.

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

<sup>131</sup> *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.

<sup>132</sup> *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.

<sup>133</sup> *Ibid.*, párr. 7.

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

<sup>135</sup> *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 ataque<sup>136</sup>. 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 índole<sup>137</sup>.

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”<sup>138</sup>. Ciertamente, no es necesario probar que el autor conociera los detalles concretos del ataque<sup>139</sup>, sino que el conocimiento del autor podría inferirse de pruebas circunstanciales<sup>140</sup>. 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 clara<sup>141</sup>. 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 actos<sup>142</sup>.

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 amplio<sup>143</sup>. 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”<sup>144</sup>. Lo que resulta

<sup>136</sup> 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.

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

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

<sup>139</sup> *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”).

<sup>140</sup> 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”).

<sup>141</sup> *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.

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

<sup>143</sup> 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.

<sup>144</sup> *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 ataque<sup>145</sup>. Por ejemplo, en la causa *Kunarac*, los autores fueron acusados de diversas formas de violencia sexual, actos de tortura y esclavitud contra mujeres y niñas musulmanas<sup>146</sup>. 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”<sup>147</sup>. Del mismo modo, una Sala de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional ha sostenido que el autor ha de saber que el acto forma parte del ataque generalizado o sistemático contra la población civil, pero el motivo del autor es irrelevante a los efectos de considerar el acto crimen de lesa humanidad<sup>148</sup>. 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”<sup>149</sup>.

#### *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 civil<sup>150</sup>. 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 2<sup>151</sup>. 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 él<sup>152</sup>.

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

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

<sup>146</sup> *Ibid.*, párrs. 2 a 11.

<sup>147</sup> *Ibid.*, párr. 592.

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

<sup>149</sup> *Ibid.*

<sup>150</sup> 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.

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

<sup>152</sup> 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 contemporáneos<sup>153</sup>. 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 nacimiento<sup>154</sup>.

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 tipo<sup>155</sup>.

#### *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”<sup>156</sup>,

<sup>153</sup> 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>.

<sup>154</sup> 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’”).

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

<sup>156</sup> 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 Roja<sup>157</sup>, la recomendación general núm. 28 de 2010 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer<sup>158</sup>, el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, de 2011<sup>159</sup>, e informes recientes de Relatores Especiales de las Naciones Unidas o Expertos Independientes<sup>160</sup>. 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”.

<sup>157</sup> 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”).

<sup>158</sup> 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”.

<sup>159</sup> 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”.

<sup>160</sup> 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]<sup>161</sup>.

Otras autoridades internacionales<sup>162</sup> y la jurisprudencia de cortes y tribunales penales internacionales<sup>163</sup> 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

<sup>161</sup> 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...”.

<sup>162</sup> *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.

<sup>163</sup> *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”<sup>164</sup>. 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 1992<sup>165</sup>, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de 1994<sup>166</sup>, y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 2006<sup>167</sup>. 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.

<sup>164</sup> Convención contra la Tortura, art. 1, párr. 2.

<sup>165</sup> 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.

<sup>166</sup> 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.

<sup>167</sup> 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”<sup>168</sup>. 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

<sup>168</sup> *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 genocidio<sup>169</sup>.

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”<sup>170</sup>.

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 Estado<sup>171</sup>. El planteamiento de la Corte concuerda con las opiniones expresadas anteriormente por la Comisión<sup>172</sup>, 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”<sup>173</sup>.

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 ilícito<sup>174</sup>.

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 actos<sup>175</sup>. 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

<sup>169</sup> *Ibid.*

<sup>170</sup> *Ibid.*, pág. 120, párr. 183.

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

<sup>172</sup> *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”).

<sup>173</sup> *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.

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

<sup>175</sup> *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 cuestión<sup>176</sup>. 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”<sup>177</sup>. 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”<sup>178</sup>. 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 siguientes<sup>179</sup>.

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”<sup>180</sup>, la Corte consideró que “el deber de prevenir el genocidio y el deber de castigar a sus autores son dos obligaciones distintas pero conectadas”<sup>181</sup>. 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”<sup>182</sup>.

<sup>176</sup> *Ibid.*, pág. 221, párr. 430.

<sup>177</sup> *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”).

<sup>178</sup> *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.

<sup>179</sup> *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.

<sup>180</sup> *Ibid.*, pág. 219, párr. 426.

<sup>181</sup> *Ibid.*, párr. 425.

<sup>182</sup> *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”<sup>183</sup>. Los crímenes de lesa humanidad también entraban dentro de la competencia del Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente (en adelante, “Tribunal de Tokio”)<sup>184</sup>.

12) Los principios del derecho internacional reconocidos en el Estatuto de Núremberg fueron recordados y reafirmados en 1946 por la Asamblea General<sup>185</sup>, que también encargó a la Comisión que “formul[ara]” los principios del Estatuto de Núremberg y preparara un proyecto de código en materia de delitos<sup>186</sup>. 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”<sup>187</sup>. 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”<sup>188</sup>.

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”<sup>189</sup>. No cabe duda de la gravedad de esos crímenes; la Comisión ha indicado anteriormente que la prohibición de los crímenes de lesa humanidad está claramente aceptada y reconocida como norma imperativa de derecho internacional<sup>190</sup>.

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

<sup>184</sup> 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.

<sup>185</sup> 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.

<sup>186</sup> 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.

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

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

<sup>189</sup> *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.

<sup>190</sup> 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 internacionales<sup>191</sup>. La definición de crímenes de lesa humanidad que figura en el Estatuto de Núremberg, en su versión modificada por el Protocolo de Berlín<sup>192</sup>, 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 conducta<sup>193</sup>. 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 tenue<sup>194</sup>.

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 armado<sup>195</sup>. 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 paz<sup>196</sup>. Al mismo tiempo, la Comisión sostuvo que “ciertos actos pueden ser crímenes de lesa humanidad aunque su autor los cometa contra su

<sup>191</sup> 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”).

<sup>192</sup> 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.

<sup>193</sup> 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”).

<sup>194</sup> 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).

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

<sup>196</sup> *Ibid.*, párr. 123.

propia población<sup>197</sup>. 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 1946<sup>198</sup>.

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 internacional<sup>199</sup>. 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 Núremberg<sup>200</sup>. 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 armado<sup>201</sup>. 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 consuetudinario<sup>202</sup>.

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 armado<sup>203</sup>. Del mismo modo, el artículo 7

<sup>197</sup> *Ibid.*, párr. 124.

<sup>198</sup> 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.

<sup>199</sup> Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, art. 5.

<sup>200</sup> *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.

<sup>201</sup> *Ibid.*

<sup>202</sup> 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”).

<sup>203</sup> 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 pertinentes<sup>204</sup>.

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 1984<sup>205</sup>, 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 análoga<sup>206</sup>, al igual que el artículo 5 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, de 1985<sup>207</sup>.

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:

<sup>204</sup> 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).

<sup>205</sup> 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”).

<sup>206</sup> 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”).

<sup>207</sup> 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”<sup>208</sup>. 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 1971<sup>209</sup>; la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, de 1973<sup>210</sup>; la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, de 1973<sup>211</sup>; la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes,

<sup>208</sup> Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, art. I.

<sup>209</sup> 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”.

<sup>210</sup> 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”).

<sup>211</sup> 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 1979<sup>212</sup>; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984<sup>213</sup>; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, de 1985<sup>214</sup>; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de 1994<sup>215</sup>; la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, de 1994<sup>216</sup>; el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, de 1997<sup>217</sup>; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000<sup>218</sup>; 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 2000<sup>219</sup>; 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”).

- <sup>212</sup> 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”).
- <sup>213</sup> 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”).
- <sup>214</sup> 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”.
- <sup>215</sup> 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”).
- <sup>216</sup> 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”).
- <sup>217</sup> 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”).
- <sup>218</sup> 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”).
- <sup>219</sup> 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 2000<sup>220</sup>; 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 2001<sup>221</sup>; el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 2002<sup>222</sup>; la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003<sup>223</sup>, y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 2006<sup>224</sup>.

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

- <sup>220</sup> 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”).
- <sup>221</sup> 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”).
- <sup>222</sup> 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”).
- <sup>223</sup> 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”).
- <sup>224</sup> 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 1966<sup>225</sup>; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 1979<sup>226</sup>, y el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica, de 2011<sup>227</sup>. 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,<sup>228</sup> y la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989<sup>229</sup>.

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”).

<sup>225</sup> 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”).

<sup>226</sup> 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”).

<sup>227</sup> 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”).

<sup>228</sup> 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”).

<sup>229</sup> 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”<sup>230</sup>. 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”<sup>231</sup>.

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 eficaces<sup>232</sup>.

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 genocidio<sup>233</sup> 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”<sup>234</sup>; b) se alentó “a los Estados Miembros a fomentar su

<sup>230</sup> *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.

<sup>231</sup> Convención contra la Tortura, art. 2, párr. 1.

<sup>232</sup> Véase Comité contra la Tortura, observación general núm. 2 (2007).

<sup>233</sup> 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.

<sup>234</sup> *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 prevención<sup>235</sup>; 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”<sup>236</sup>.

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)<sup>237</sup>, 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 preventivas<sup>238</sup>. Al mismo tiempo, el Tribunal ha reconocido que la obligación del Estado parte en este sentido es limitada<sup>239</sup>. 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 tratos<sup>240</sup>. Del mismo modo, si bien la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969<sup>241</sup> 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 Convención<sup>242</sup>, ha llegado a la conclusión de que esta obligación

<sup>235</sup> *Ibid.*, párr. 3.

<sup>236</sup> *Ibid.*, párr. 4.

<sup>237</sup> 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.

<sup>238</sup> *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.

<sup>239</sup> *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.

<sup>240</sup> *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.

<sup>241</sup> 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.

<sup>242</sup> 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 parte<sup>243</sup>.

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 1985<sup>244</sup>.

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 futuro<sup>245</sup>. Es posible que ya existan en el Estado algunas

<sup>243</sup> *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.

<sup>244</sup> *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.

<sup>245</sup> 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 prohibido<sup>246</sup>.

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 Namibia<sup>247</sup>.

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”).

<sup>246</sup> 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).

<sup>247</sup> *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”<sup>248</sup>.

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 mandatos<sup>249</sup>. 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

<sup>248</sup> 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.

<sup>249</sup> 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](http://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 1949<sup>250</sup>, 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 1951<sup>251</sup>. Otras convenciones e instrumentos<sup>252</sup> 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 1969<sup>253</sup>, han incorporado este principio.

3) El principio también se ha aplicado con respecto a todos los extranjeros (no solo los refugiados) en diversos instrumentos<sup>254</sup> y tratados, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969<sup>255</sup>, y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981<sup>256</sup>. De hecho, el principio se abordó en ese sentido más amplio en el proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros, de 2014<sup>257</sup>. 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 1966<sup>258</sup>, y en el artículo 3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales,

<sup>250</sup> 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.

<sup>251</sup> 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”).

<sup>252</sup> 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.

<sup>253</sup> 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.

<sup>254</sup> 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.

<sup>255</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 22, párr. 8.

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

<sup>257</sup> *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”).

<sup>258</sup> 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 1950<sup>259</sup>, 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 Estado<sup>260</sup>. 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

<sup>259</sup> 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.

<sup>260</sup> 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”<sup>261</sup>. 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”<sup>262</sup>.

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”<sup>263</sup>. 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 expulsión<sup>264</sup>. 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”<sup>265</sup>.

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 1950<sup>266</sup>. Al aplicar este criterio legal, los Estados han de examinar las “consecuencias previsibles” de enviar a una persona al país receptor<sup>267</sup>. Aunque la “mera posibilidad” de malos tratos no es suficiente, no es necesario, según el Tribunal Europeo, demostrar que existe una “probabilidad alta”<sup>268</sup>. El Tribunal Europeo ha hecho hincapié en que la evaluación de las pruebas de un riesgo

<sup>261</sup> 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.

<sup>262</sup> Comité contra la Tortura, observación general núm. 4, párr. 13.

<sup>263</sup> 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].

<sup>264</sup> 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.

<sup>265</sup> 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.

<sup>266</sup> 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.

<sup>267</sup> 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.

<sup>268</sup> *Ibid.*, párrs. 131 y 140.

real ha de ser “rigurosa”<sup>269</sup>. 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”<sup>270</sup>, si bien puede tenerse en cuenta información que salga a la luz posteriormente<sup>271</sup>.

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”<sup>272</sup>. 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”<sup>273</sup>. Al valorar si es apropiado que los Estados acepten las garantías ofrecidas por otros Estados<sup>274</sup>, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene en cuenta factores tales como si las garantías son concretas o generales y vagas<sup>275</sup>, si el cumplimiento de las garantías puede verificarse objetivamente mediante mecanismos diplomáticos u otros mecanismos de vigilancia<sup>276</sup>, y si existe un sistema efectivo de protección contra los casos de incumplimiento en el Estado receptor<sup>277</sup>.

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 seguridad<sup>278</sup>. No obstante, desde entonces, los tratados no han recogido esas excepciones, y entienden que la obligación tiene

<sup>269</sup> *Ibid.*, párr. 128.

<sup>270</sup> *Ibid.*, párr. 133.

<sup>271</sup> 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.

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

<sup>273</sup> Comité contra la Tortura, observación general núm. 4, párr. 29.

<sup>274</sup> *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”).

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

<sup>276</sup> 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.

<sup>277</sup> 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.

<sup>278</sup> Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, art. 33, párr. 2.

carácter absoluto<sup>279</sup>. 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

<sup>279</sup> 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”<sup>280</sup>. 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”<sup>281</sup>. 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 delito<sup>282</sup>.

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

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

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

<sup>282</sup> 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).

<sup>283</sup> 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 Estado<sup>284</sup>.

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 varía<sup>285</sup>. Algunos tratados, como

<sup>284</sup> 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.

<sup>285</sup> 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 1948<sup>286</sup>, y los Convenios de Ginebra de 1949<sup>287</sup>, 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-Yugoslavia<sup>288</sup> y el Tribunal Penal Internacional para Rwanda<sup>289</sup> 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”<sup>290</sup>. Asimismo, los instrumentos que regulan el Tribunal Especial para Sierra Leona<sup>291</sup>, las Salas Especiales de Delitos Graves de Timor Oriental<sup>292</sup>, las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya<sup>293</sup>, el Tribunal Penal Supremo del Iraq<sup>294</sup>

<sup>286</sup> Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, art. V.

<sup>287</sup> 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.

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

<sup>289</sup> Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, art. 6, párr. 1.

<sup>290</sup> Véase Estatuto de Roma, art. 25, párrs. 2 y 3 a).

<sup>291</sup> Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, art. 6.

<sup>292</sup> 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”).

<sup>293</sup> 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.

<sup>294</sup> 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 senegalés<sup>295</sup> 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 genocidio<sup>296</sup>, 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 tratados<sup>297</sup>. 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 consuma<sup>298</sup>. 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”<sup>299</sup>. 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”<sup>300</sup>. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda utiliza términos prácticamente idénticos<sup>301</sup>. Ambos Tribunales han condenado a acusados por su participación en tales

<sup>295</sup> 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”).

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

<sup>297</sup> 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.

<sup>298</sup> Estatuto de Roma, art. 25, párr. 3 f).

<sup>299</sup> *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.

<sup>300</sup> 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”).

<sup>301</sup> Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, art. 6, párr. 1.



delitos dentro de sus respectivas jurisdicciones<sup>302</sup>. Del mismo modo, los instrumentos que regulan el Tribunal Especial para Sierra Leona<sup>303</sup>, las Salas Especiales de Delitos Graves de Timor Oriental<sup>304</sup>, las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya<sup>305</sup>, el Tribunal Penal Supremo del Iraq<sup>306</sup> y las Salas Africanas Extraordinarias del sistema judicial senegalés<sup>307</sup> 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 condiciones<sup>308</sup>. 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”<sup>309</sup>. 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”<sup>310</sup>. 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”<sup>311</sup>. 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 genocidio<sup>312</sup>, pero los

<sup>302</sup> 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”).

<sup>303</sup> Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, art. 6, párr. 1.

<sup>304</sup> Estatuto del Tribunal para Timor Oriental, art. 14.

<sup>305</sup> Ley de las Salas Especiales de Camboya, art. 29.

<sup>306</sup> Estatuto del Tribunal Penal Supremo del Iraq, art. 15.

<sup>307</sup> Estatuto de las Salas Africanas Extraordinarias, art. 10.2.

<sup>308</sup> Estatuto de Roma, art. 25, párr. 3 a) a d).

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

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

<sup>311</sup> 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”).

<sup>312</sup> 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 humanidad<sup>313</sup>. 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”<sup>314</sup>. 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 circunstancias<sup>315</sup>. 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.

<sup>313</sup> 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”).

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

<sup>315</sup> 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 posteriores<sup>316</sup>. 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”<sup>317</sup>.

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 infracción<sup>318</sup>.

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 perpetraron<sup>319</sup>.

Varios acusados fueron condenados por el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia sobre esa base<sup>320</sup>. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda está redactado en los mismos términos<sup>321</sup>, y dicho Tribunal también ha impuesto condenas sobre esa base<sup>322</sup>. Los instrumentos que regulan el Tribunal Especial para Sierra Leona<sup>323</sup>, el Tribunal Especial para el Líbano<sup>324</sup>, las Salas Especiales de Delitos Graves de Timor

<sup>316</sup> 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.

<sup>317</sup> 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.

<sup>318</sup> 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).

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

<sup>320</sup> 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.

<sup>321</sup> Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, art. 6, párr. 3.

<sup>322</sup> 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.

<sup>323</sup> Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, art. 6, párr. 3.

<sup>324</sup> 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.

Oriental<sup>325</sup>, las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya<sup>326</sup>, el Tribunal Penal Supremo del Iraq<sup>327</sup> y las Salas Africanas Extraordinarias del sistema judicial senegalés<sup>328</sup> 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 personas<sup>329</sup>. En general, la responsabilidad penal surge cuando: a) existe una relación de subordinación; b) el jefe sabía o debía haber sabido que sus subordinados estaban cometiendo o se disponían a cometer el delito; y c) el jefe no adoptó todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para someter el asunto a investigación y enjuiciamiento<sup>330</sup>. El artículo 28 también aborda la cuestión de las “relaciones entre superior y subordinado” en un contexto civil o no militar<sup>331</sup>. 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 pertinentes<sup>332</sup>. 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 responsables<sup>333</sup>.

<sup>325</sup> Estatuto del Tribunal para Timor Oriental, art. 16.

<sup>326</sup> Ley de las Salas Especiales de Camboya, art. 29.

<sup>327</sup> Estatuto del Tribunal Penal Supremo del Iraq, art. 15 d).

<sup>328</sup> Estatuto de las Salas Africanas Extraordinarias, art. 10, párr. 4.

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

<sup>330</sup> 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.

<sup>331</sup> Estatuto de Roma, art. 28 b).

<sup>332</sup> 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”).

<sup>333</sup> 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 delito<sup>334</sup>. 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”<sup>335</sup>. 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”<sup>336</sup>.

26) Si bien el artículo 33 del Estatuto de Roma de 1998 prevé una eximente limitada de responsabilidad en el caso de órdenes de superiores, lo hace exclusivamente con respecto a los crímenes de guerra; las órdenes de cometer actos de genocidio o crímenes de lesa humanidad no entran en el ámbito de aplicación de la eximente<sup>337</sup>. Los instrumentos que

<sup>334</sup> 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”).

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

<sup>336</sup> Estatuto de Tokio, art. 6.

<sup>337</sup> 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-Yugoslavia<sup>338</sup>, el Tribunal Penal Internacional para Rwanda<sup>339</sup>, el Tribunal Especial para Sierra Leona<sup>340</sup>, el Tribunal Especial para el Líbano<sup>341</sup>, las Salas Especiales de Delitos Graves de Timor Oriental<sup>342</sup>, las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya<sup>343</sup>, el Tribunal Penal Supremo del Iraq<sup>344</sup> y las Salas Africanas Extraordinarias del sistema judicial senegalés<sup>345</sup> 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 pena<sup>346</sup>.

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 1984<sup>347</sup>; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, de 1985<sup>348</sup>; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de 1994<sup>349</sup>, y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 2006<sup>350</sup>. 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 respecto<sup>351</sup>. 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”).

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

<sup>339</sup> Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, art. 6, párr. 4.

<sup>340</sup> Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, art. 6, párr. 4.

<sup>341</sup> Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano, art. 3, párr. 3.

<sup>342</sup> Estatuto del Tribunal para Timor Oriental, art. 21.

<sup>343</sup> Ley de las Salas Especiales de Camboya, art. 29.

<sup>344</sup> Estatuto del Tribunal Penal Supremo del Iraq, art. 15 e).

<sup>345</sup> Estatuto de las Salas Africanas Extraordinarias, art. 10, párr. 5.

<sup>346</sup> 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.

<sup>347</sup> 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”).

<sup>348</sup> 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”).

<sup>349</sup> 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”).

<sup>350</sup> 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.

<sup>351</sup> 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”<sup>352</sup>.

### *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”<sup>353</sup>. 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”<sup>354</sup>. 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”<sup>355</sup>.

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”<sup>356</sup>. 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”<sup>357</sup>. 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”<sup>358</sup>.

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

<sup>352</sup> 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).

<sup>353</sup> Estatuto de Núremberg, art. 7.

<sup>354</sup> 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).

<sup>355</sup> Estatuto de Tokio, art. 6.

<sup>356</sup> *Yearbook... 1954*, vol. II, pág. 152, párr. 54, art. 3.

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

<sup>358</sup> Estatuto de Roma, art. 27, párr. 1.



gobernantes, funcionarios o particulares<sup>359</sup>. 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 Estado<sup>360</sup>”.

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 consuetudinario<sup>361</sup>. 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

<sup>359</sup> Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, art. IV.

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

<sup>361</sup> 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 1945<sup>362</sup>. Asimismo, el Estatuto de Roma aborda expresamente la cuestión y establece que “[l]os crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán<sup>363</sup>. Los redactores del Estatuto apoyaron firmemente esta disposición en relación con los crímenes de lesa humanidad<sup>364</sup>. 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 prescriben<sup>365</sup>.

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 crímenes<sup>366</sup>. 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 crímenes<sup>367</sup>. 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 lenguaje<sup>368</sup>. 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 prescripción<sup>369</sup>. Asimismo, si bien el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966<sup>370</sup>, 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

<sup>362</sup> 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.

<sup>363</sup> Estatuto de Roma, art. 29.

<sup>364</sup> 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.

<sup>365</sup> 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.

<sup>366</sup> 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.

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

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

<sup>369</sup> 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).

<sup>370</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pág. 171.



Pacto<sup>371</sup>. La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas prevé un plazo de prescripción prolongado<sup>372</sup>, al igual que la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional<sup>373</sup> y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción<sup>374</sup>. 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”<sup>375</sup>. 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 Convención<sup>376</sup>.

#### *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”<sup>377</sup>. 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”<sup>378</sup>. 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”<sup>379</sup>.

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

<sup>371</sup> 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)).

<sup>372</sup> 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”).

<sup>373</sup> 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”).

<sup>374</sup> 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”).

<sup>375</sup> 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.

<sup>376</sup> 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.

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

<sup>378</sup> *Ibid.*, párr. 3) del comentario al art. 3.

<sup>379</sup> *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”<sup>380</sup>. 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”<sup>381</sup>. 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”<sup>382</sup>. 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”<sup>383</sup>. Hay fórmulas similares en los instrumentos que regulan el Tribunal Especial para Sierra Leona<sup>384</sup>, el Tribunal Especial para el Líbano<sup>385</sup>, las Salas Especiales de Delitos Graves de Timor Oriental<sup>386</sup>, el Tribunal Penal Supremo del Iraq<sup>387</sup> y las Salas Africanas Extraordinarias del sistema judicial senegalés<sup>388</sup>. 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 trate<sup>389</sup>. 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...”<sup>390</sup>. 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...”<sup>391</sup>. 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,

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

<sup>381</sup> *Ibid.*, art. 24, párr. 2.

<sup>382</sup> Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, art. 23, párr. 1.

<sup>383</sup> Estatuto de Roma, art. 77.

<sup>384</sup> Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, art. 19.

<sup>385</sup> Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano, art. 24.

<sup>386</sup> Estatuto del Tribunal para Timor Oriental, art. 10.

<sup>387</sup> Estatuto del Tribunal Penal Supremo del Iraq, art. 24.

<sup>388</sup> Estatuto de las Salas Africanas Extraordinarias, art. 24.

<sup>389</sup> 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”).

<sup>390</sup> Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, art. V.

<sup>391</sup> 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 1973<sup>392</sup>. 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 delito<sup>393</sup>. 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 1984<sup>394</sup>. 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 delitos<sup>395</sup>.

#### *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 otros<sup>396</sup>. En los Estados en que se trata de un concepto conocido, tal responsabilidad a veces existe con respecto a crímenes internacionales<sup>397</sup>. 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

<sup>392</sup> 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”).

<sup>393</sup> *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.

<sup>394</sup> 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).

<sup>395</sup> 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.

<sup>396</sup> 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”).

<sup>397</sup> 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 físicas<sup>398</sup>. 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”<sup>399</sup> 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”<sup>400</sup>.

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 humanidad<sup>401</sup>. 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 Tribunal<sup>402</sup>.

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 1973<sup>403</sup>; el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos

<sup>398</sup> 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).

<sup>399</sup> 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.

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

<sup>401</sup> 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.

<sup>402</sup> *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.

<sup>403</sup> 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 1989<sup>404</sup>; el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, de 1999<sup>405</sup>; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000<sup>406</sup>; 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<sup>407</sup>; la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003<sup>408</sup>; y una serie de tratados celebrados en el ámbito del Consejo de Europa<sup>409</sup>. Otros instrumentos regionales también se ocupan de esta cuestión, principalmente en relación con la corrupción<sup>410</sup>. 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

<sup>404</sup> 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”).

<sup>405</sup> 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).

<sup>406</sup> Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 10.

<sup>407</sup> 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.

<sup>408</sup> 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”).

<sup>409</sup> 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.

<sup>410</sup> 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 públicas<sup>411</sup>. 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 delito<sup>412</sup>.

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 parte, 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 2000<sup>413</sup>, y la Convención de las Naciones

<sup>411</sup> 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”).

<sup>412</sup> 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.

<sup>413</sup> 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 2003<sup>414</sup>. 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”<sup>415</sup>. 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”<sup>416</sup>. El preámbulo del Estatuto de Roma de 1998 dispone que “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad

<sup>414</sup> 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”).

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

<sup>416</sup> *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”<sup>417</sup>. 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 parte<sup>418</sup>.

5) Hay disposiciones comparables a las que figuran en el proyecto de artículo 7 en muchos tratados que se ocupan de delitos<sup>419</sup>. Aunque aún no existe ningún tratado relativo a los crímenes de lesa humanidad, los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal

<sup>417</sup> 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.

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

<sup>419</sup> 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 internacional<sup>420</sup>.

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”<sup>421</sup>. 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 ejercicio<sup>422</sup>.

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

<sup>421</sup> 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”).

<sup>422</sup> 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 infractor<sup>423</sup>. 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 voluntario<sup>424</sup>.

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 Estados<sup>425</sup>.

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).

<sup>423</sup> 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”).

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

<sup>425</sup> *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 delito<sup>426</sup>.

### **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 comparable<sup>427</sup>. Por ejemplo, el artículo 12 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, 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 autoridades<sup>428</sup>. 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

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

<sup>427</sup> 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.

<sup>428</sup> 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”<sup>429</sup>.

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”<sup>430</sup>. 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 evitar<sup>431</sup>.

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 fondo<sup>432</sup>. 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 Unidas<sup>433</sup>, el Comité de Derechos Humanos<sup>434</sup> y las cortes y tribunales regionales de derechos humanos también han hecho hincapié en la necesidad de realizar una investigación exhaustiva<sup>435</sup>.

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

<sup>429</sup> 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.

<sup>430</sup> *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.

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

<sup>432</sup> 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”).

<sup>433</sup> 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.

<sup>434</sup> 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.

<sup>435</sup> 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 independientes<sup>436</sup>. 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”<sup>437</sup>. 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 cadáveres<sup>438</sup>.

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 enjuiciamiento<sup>439</sup>. 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 Pacto<sup>440</sup>. 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 investigación<sup>441</sup>.

#### 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

<sup>436</sup> 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.

<sup>437</sup> 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).

<sup>438</sup> *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.

<sup>439</sup> 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).

<sup>440</sup> 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.

<sup>441</sup> 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 justifican<sup>442</sup>, a proceder a la detención de dicha persona o tomar otras medidas legales<sup>443</sup> 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

<sup>442</sup> 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.

<sup>443</sup> 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”<sup>444</sup>. 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”<sup>445</sup>. 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”<sup>446</sup>.

5) Los tratados que se ocupan de delitos suelen prever esas medidas preliminares<sup>447</sup>, como el artículo 6 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, de 1984<sup>448</sup>. 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...”<sup>449</sup>. 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”<sup>450</sup>. 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”<sup>451</sup>. 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”<sup>452</sup>. 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

<sup>444</sup> 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.

<sup>445</sup> 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.

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

<sup>447</sup> Véanse, por ejemplo, Convenio de Ginebra I, art. 49, parr. 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.

<sup>448</sup> Convención contra la Tortura, art. 6.

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

<sup>450</sup> *Ibid.*, pág. 453, párr. 83.

<sup>451</sup> *Ibid.*, pág. 454, párr. 86.

<sup>452</sup> *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 tortura<sup>453</sup>.

### 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 Comisión<sup>454</sup> y que figura en numerosos tratados multilaterales sobre delitos<sup>455</sup>. 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 juzgará<sup>456</sup>”.

3) La mayoría de los tratados multilaterales en que se establece esa obligación<sup>457</sup> emplean la denominada “fórmula de La Haya”, que debe su nombre al Convenio de La

<sup>453</sup> *Ibid.*, pág. 454, párr. 88.

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

<sup>455</sup> 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).

<sup>456</sup> *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”).

<sup>457</sup> 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 1970<sup>458</sup>. 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 extradición<sup>459</sup>. 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 castigado<sup>460</sup>. 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”<sup>461</sup>.

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.

<sup>458</sup> Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, art. 7.

<sup>459</sup> 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).

<sup>460</sup> 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.

<sup>461</sup> 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 enjuiciarlo<sup>462</sup>.

5) La Corte determinó también diversos factores que no podían justificar el incumplimiento de esas obligaciones: las dificultades financieras del Estado<sup>463</sup>, la remisión

<sup>462</sup> *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.

<sup>463</sup> *Ibid.*, pág. 460, párr. 112.

del asunto a una organización regional<sup>464</sup> o y las dificultades de aplicación en el marco del derecho interno del Estado<sup>465</sup>.

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”<sup>466</sup>.

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 internacionales<sup>467</sup>. 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 persona<sup>468</sup>.

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 variar<sup>469</sup> 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

<sup>464</sup> *Ibid.*

<sup>465</sup> *Ibid.*, párr. 113.

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

<sup>467</sup> 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).

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

<sup>469</sup> 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 crimen<sup>470</sup>. 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 establecida<sup>471</sup>. 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”<sup>472</sup>. El instrumento por el que se establece el Tribunal Especial para Sierra Leona<sup>473</sup> 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 anterior<sup>474</sup>. 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”<sup>475</sup> o “consenso emergente”<sup>476</sup> 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

<sup>470</sup> Estatuto de Roma, art. 53, párrs. 1 y 2.

<sup>471</sup> 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.

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

<sup>473</sup> 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”).

<sup>474</sup> 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”).

<sup>475</sup> 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.

<sup>476</sup> 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 reconocidos<sup>477</sup>.

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 hizo<sup>478</sup>. 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 humanos<sup>479</sup>. 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 deroguen<sup>480</sup>. 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 Unidas<sup>481</sup>.

<sup>477</sup> *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.

<sup>478</sup> 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.

<sup>479</sup> 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.

<sup>480</sup> 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).

<sup>481</sup> 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 humanidad<sup>482</sup>.

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 delito<sup>483</sup>. 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.

<sup>482</sup> 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.

<sup>483</sup> 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 inocencia<sup>484</sup>.

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”<sup>485</sup>. 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

<sup>484</sup> 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.

<sup>485</sup> 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 Políticos<sup>486</sup>. 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”<sup>487</sup>.

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”<sup>488</sup>. 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 1948<sup>489</sup>, 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 humanos<sup>490</sup> y en otros instrumentos aplicables<sup>491</sup> 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

<sup>486</sup> *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.

<sup>487</sup> *Ibid.*

<sup>488</sup> 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.

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

<sup>490</sup> 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.

<sup>491</sup> 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 internacional<sup>492</sup>. 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 armado<sup>493</sup>. 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 1963<sup>494</sup>, que reconoce derechos tanto a la persona detenida como al Estado de que sea nacional<sup>495</sup>, 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)<sup>496</sup>. Del mismo modo que en el caso del párrafo 1, esos derechos pueden hacerse

<sup>492</sup> 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*).

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

<sup>494</sup> 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.

<sup>495</sup> *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”).

<sup>496</sup> 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 1963<sup>497</sup>, y también se ha incluido en muchos tratados que se ocupan de delitos<sup>498</sup>. 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.”<sup>499</sup>

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”<sup>500</sup>.

## 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.

<sup>497</sup> Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, art. 36, párr. 2.

<sup>498</sup> 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.

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

<sup>500</sup> *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 testigos<sup>501</sup> 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 testigos<sup>502</sup>. 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 12<sup>503</sup>, incluidos los tratados que se ocupan de actos que pueden constituir crímenes de lesa humanidad en determinadas circunstancias, como la tortura y las desapariciones forzadas<sup>504</sup>. 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 1998<sup>505</sup>, han abordado los

<sup>501</sup> 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.

<sup>502</sup> 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.

<sup>503</sup> 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.

<sup>504</sup> 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.

<sup>505</sup> 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 humanidad<sup>506</sup>.

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 respecto<sup>507</sup>, 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”<sup>508</sup>. 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”<sup>509</sup>.

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 victimización<sup>510</sup>.

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 Convenio<sup>511</sup>. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha determinado que el daño sufrido por esas “víctimas” puede ser tanto directo como indirecto<sup>512</sup>, y que los familiares de la víctima de una violación grave de los derechos

<sup>506</sup> 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.

<sup>507</sup> 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.

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

<sup>509</sup> 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.

<sup>510</sup> Comité contra la Tortura, observación general núm. 3, párr. 3.

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

<sup>512</sup> 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”<sup>513</sup>. Aunque las garantías establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969, se limitan a las personas naturales<sup>514</sup>, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha reconocido tanto a las víctimas directas como a las indirectas, incluidos los familiares<sup>515</sup>, así como a los grupos de víctimas<sup>516</sup>. 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 Africana<sup>517</sup>. 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 víctima<sup>518</sup>. 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”<sup>519</sup>, lo que se entiende que incluye a las víctimas tanto directas como indirectas<sup>520</sup>, mientras que

<sup>513</sup> 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.

<sup>514</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1.

<sup>515</sup> 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.

<sup>516</sup> 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.

<sup>517</sup> 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.

<sup>518</sup> *Ibid.*, párr. 17.

<sup>519</sup> 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.

<sup>520</sup> 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 directos<sup>521</sup>.

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 1984<sup>522</sup>, y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 2006<sup>523</sup>, 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.

<sup>521</sup> 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.

<sup>522</sup> Convención contra la Tortura, art. 13.

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

Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000<sup>524</sup>, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003<sup>525</sup>, y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 2006<sup>526</sup>. 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 internacionales<sup>527</sup>.

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 persona<sup>528</sup>.

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 persona<sup>529</sup>; medidas destinadas a proteger la vida privada y la identidad de los testigos y las víctimas<sup>530</sup>; la celebración de actuaciones a puerta cerrada<sup>531</sup>; la no presentación de pruebas o información cuando su divulgación pueda entrañar un peligro grave para la seguridad de un testigo o de su familia<sup>532</sup>; la reubicación de las víctimas y los testigos<sup>533</sup>, y las medidas de protección con respecto a los niños<sup>534</sup>.

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 11<sup>535</sup>.

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

<sup>525</sup> Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 32, párr. 1.

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

<sup>527</sup> 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.

<sup>528</sup> Véase, por ejemplo, Estatuto de Roma, art. 68, párr. 1.

<sup>529</sup> 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).

<sup>530</sup> 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.

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

<sup>532</sup> Véase, por ejemplo, Estatuto de Roma, art. 68, párr. 5.

<sup>533</sup> 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).

<sup>534</sup> 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.

<sup>535</sup> 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 1998<sup>536</sup>; 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<sup>537</sup>; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000<sup>538</sup>; 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 2000<sup>539</sup>; y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003<sup>540</sup>.

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 actor<sup>541</sup>. 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”<sup>542</sup>. 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.

<sup>536</sup> Estatuto de Roma, art. 68, párr. 3.

<sup>537</sup> 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.

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

<sup>539</sup> 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.

<sup>540</sup> Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 32, párr. 5.

<sup>541</sup> 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.

<sup>542</sup> 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 1948<sup>543</sup>, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966<sup>544</sup>, y en algunos tratados regionales de derechos humanos<sup>545</sup>. 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”<sup>546</sup>. 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”<sup>547</sup>.

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”<sup>548</sup>, 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 posible<sup>549</sup>.

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 repetición<sup>550</sup>.”

---

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.

<sup>543</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 8.

<sup>544</sup> 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.

<sup>545</sup> 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.

<sup>546</sup> Convención contra la Tortura, art. 14, párr. 1.

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

<sup>548</sup> 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.

<sup>549</sup> Comité contra la Tortura, observación general núm. 3, párr. 5.

<sup>550</sup> 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 reparación<sup>551</sup>. 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 colectiva<sup>552</sup>. Por ejemplo, las Reglas de Procedimiento y Prueba de

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

<sup>552</sup> 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 lesión<sup>553</sup>. 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”<sup>554</sup>.

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 evitarla<sup>555</sup>. 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 enterrada<sup>556</sup>. 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 resultados<sup>557</sup>. 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 Pueblos<sup>558</sup>. 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 pasado<sup>559</sup>.

### **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

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

<sup>554</sup> 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*.

<sup>555</sup> 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.

<sup>556</sup> *Ibid.*, párr. 11.

<sup>557</sup> 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.

<sup>558</sup> *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).

<sup>559</sup> 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 multilateral<sup>560</sup> o bilateral<sup>561</sup>, 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 castigo<sup>562</sup>. 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 General<sup>563</sup> 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”<sup>564</sup>.

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

<sup>560</sup> 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.

<sup>561</sup> 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).

<sup>562</sup> Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General, de 3 de diciembre de 1973.

<sup>563</sup> 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<sup>er</sup> 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.

<sup>564</sup> *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 Delito<sup>565</sup>.

*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,

<sup>565</sup> 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 sucesivo<sup>566</sup>. Esta disposición suele aparecer en otras convenciones<sup>567</sup>.

*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”<sup>568</sup>. 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 extradición<sup>569</sup>. Existen razones similares para no considerar “delitos políticos” los presuntos crímenes de lesa humanidad e impedir la extradición<sup>570</sup>. 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”<sup>571</sup>. 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’”<sup>572</sup>.

<sup>566</sup> 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.

<sup>567</sup> 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.

<sup>568</sup> Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, art. VII.

<sup>569</sup> 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.

<sup>570</sup> 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”).

<sup>571</sup> 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.

<sup>572</sup> 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 extradición<sup>573</sup>. Aunque algunos tratados sobre delitos específicos no abordan la cuestión<sup>574</sup>, 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 concreto<sup>575</sup>. 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

<sup>573</sup> 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”).

<sup>574</sup> Véanse, por ejemplo, Convención Internacional contra la Toma de Rehenes; Convención contra la Tortura.

<sup>575</sup> 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”<sup>576</sup>. Esa misma disposición o una similar puede encontrarse en muchos otros tratados<sup>577</sup> y en el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad elaborado por la Comisión en 1996<sup>578</sup>.

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 sentido<sup>579</sup>.

#### *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 2003<sup>580</sup>. Se pueden encontrar disposiciones similares en muchos otros tratados que se ocupan de delitos<sup>581</sup>. 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 naturaleza<sup>582</sup>.

<sup>576</sup> Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 44, párr. 5.

<sup>577</sup> 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.

<sup>578</sup> *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”).

<sup>579</sup> 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.

<sup>580</sup> 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”).

<sup>581</sup> 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.

<sup>582</sup> *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 universales<sup>583</sup> y regionales<sup>584</sup>. 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”<sup>585</sup>. 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 especialidad<sup>586</sup>. 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

<sup>583</sup> 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.

<sup>584</sup> 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.

<sup>585</sup> 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”).

<sup>586</sup> 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 requisitos<sup>587</sup>.

*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 delito<sup>588</sup>. 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 1999<sup>589</sup>, y se ha utilizado en muchos tratados que se ocupan de delitos<sup>590</sup>.

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 4<sup>591</sup>, 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

<sup>587</sup> 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).

<sup>588</sup> 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”).

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

<sup>590</sup> 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.

<sup>591</sup> *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] crímenes<sup>592</sup>.

*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 2000<sup>593</sup>, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003<sup>594</sup>.

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 2000<sup>595</sup>, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003<sup>596</sup>, 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 multilaterales<sup>597</sup> y bilaterales<sup>598</sup> y en legislación nacional<sup>599</sup> que

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

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

<sup>594</sup> Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 44, párr. 13.

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

<sup>596</sup> Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 44, párr. 12.

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

<sup>598</sup> 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”.

<sup>599</sup> 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 específicos<sup>600</sup>.

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 2006<sup>601</sup>. 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”).

<sup>600</sup> 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.

<sup>601</sup> 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”<sup>602</sup>. 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 alegada<sup>603</sup>.

Además, en la práctica, el sistema de complementariedad del Estatuto de Roma<sup>604</sup> 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.

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

<sup>603</sup> Protocolo adicional I, art. 88, párr. 2.

<sup>604</sup> 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 2000<sup>605</sup>, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003<sup>606</sup>, 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”<sup>607</sup>.

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”<sup>608</sup>. 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”<sup>609</sup>.

#### *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 requerido<sup>610</sup>. 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 obligatoria<sup>611</sup> y no obligatoria<sup>612</sup> en relación con el delito de corrupción.

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

<sup>606</sup> Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 44, párr. 17.

<sup>607</sup> Tratado Modelo de Extradición de las Naciones Unidas, art. 16.

<sup>608</sup> Código Orgánico Integral Penal, art. 405.

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

<sup>610</sup> 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”).

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

<sup>612</sup> *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 Estado<sup>613</sup>. 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:

---

<sup>613</sup> 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 guerra<sup>614</sup>.

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 requerido<sup>615</sup>. 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 detalladas<sup>616</sup>, 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 párrafos<sup>617</sup>. Sin embargo, ya al principio, los Estados negociadores

<sup>614</sup> 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).

<sup>615</sup> 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”).

<sup>616</sup> 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.

<sup>617</sup> 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.

decidieron<sup>618</sup> 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 1988<sup>619</sup>. 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 1999<sup>620</sup>.

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 requerido<sup>621</sup>. 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 Delito<sup>622</sup>.

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 2003<sup>623</sup>, excepto en la referencia a “los delitos comprendidos en el presente

<sup>618</sup> *Ibid.* (sugerencias de Australia y Austria).

<sup>619</sup> Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, art. 7.

<sup>620</sup> 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.

<sup>621</sup> 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.

<sup>622</sup> 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.

<sup>623</sup> 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 2003<sup>624</sup>, 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 multilaterales<sup>625</sup> y bilaterales<sup>626</sup>. De hecho, esos términos son lo

---

Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, art. 7, párr. 1, y Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, art. 12, párr. 1.

<sup>624</sup> 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.

<sup>625</sup> 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 Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, art. 7, párr. 2, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 18, párr. 3.

<sup>626</sup> 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”<sup>627</sup>. 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 anexo<sup>628</sup>. 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 2003<sup>629</sup>; 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)<sup>630</sup>, 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.

<sup>627</sup> *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).

<sup>628</sup> 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.

<sup>629</sup> 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”).

<sup>630</sup> *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”<sup>631</sup>, 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 2003<sup>632</sup> y una formulación similar aparece en otros tratados multilaterales y bilaterales sobre asistencia judicial recíproca<sup>633</sup>. 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 bancos<sup>634</sup>.

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 2003<sup>635</sup>, 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

<sup>631</sup> *Ibid.*, art. 46, párr. 3 c).

<sup>632</sup> 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.

<sup>633</sup> 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.

<sup>634</sup> 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.

<sup>635</sup> 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 2000<sup>636</sup>, 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 información<sup>637</sup>.

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 transmitida<sup>638</sup>. 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 aplicación<sup>639</sup>, 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 párrafos<sup>640</sup>. Esta disposición se basa en la formulación empleada en tratados anteriores que se ocupan de delitos<sup>641</sup>.

<sup>636</sup> Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 18, párr. 4.

<sup>637</sup> *Estado de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, págs. 244 y 245.

<sup>638</sup> 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.

<sup>639</sup> 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”).

<sup>640</sup> 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”).

<sup>641</sup> 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 2003<sup>642</sup>, 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 graves<sup>643</sup>. 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 internacionales<sup>644</sup>. 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 2003<sup>645</sup>. 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.

<sup>642</sup> 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.

<sup>643</sup> 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”).

<sup>644</sup> 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.

<sup>645</sup> 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 delitos<sup>646</sup>. 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 imparcial<sup>647</sup>, la excepción de cosa juzgada (*ne bis in idem*)<sup>648</sup>, el principio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali* (“ningún delito, ninguna pena sin ley previa”)<sup>649</sup> y la legalidad de las disposiciones sobre amnistía<sup>650</sup>.

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 2003<sup>651</sup>. Los trabajos

<sup>646</sup> 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.

<sup>647</sup> *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).

<sup>648</sup> *Almonacid-Arellano*, sentencia, 26 de septiembre de 2006 (véase nota 24 *supra*), párr. 154.

<sup>649</sup> *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.

<sup>650</sup> *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.

<sup>651</sup> 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”<sup>652</sup>.

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 negociaciones<sup>653</sup> y no simplemente denunciar la conducta de otros Estados<sup>654</sup>. 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 Justicia<sup>655</sup>. 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 controversias<sup>656</sup>.

---

Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 15, párr. 1.

- <sup>652</sup> 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.
- <sup>653</sup> 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”).
- <sup>654</sup> 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.
- <sup>655</sup> 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.
- <sup>656</sup> 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 controversias<sup>657</sup>. 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 66<sup>658</sup>.

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 tipo<sup>659</sup>. 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.

<sup>657</sup> 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.

<sup>658</sup> 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”.

<sup>659</sup> 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 mismo<sup>660</sup>. Este párrafo se basa en el artículo 46, párrafo 13, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003<sup>661</sup>. En 2017, todos los Estados parte en esa Convención, excepto ocho, habían designado una autoridad central<sup>662</sup>.

### *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 2003<sup>663</sup>.

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.

<sup>660</sup> 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.

<sup>661</sup> 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.

<sup>662</sup> *Estado de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, pág. 248.

<sup>663</sup> 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 2003<sup>664</sup>.

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 determinada<sup>665</sup>. Este párrafo se basa en el artículo 46, párrafo 16, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003<sup>666</sup>.

*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 2003<sup>667</sup>.

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 2003<sup>668</sup>.

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 2003<sup>669</sup>. En

<sup>664</sup> 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.

<sup>665</sup> Véase *Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas*, pág. 155, párr. 7.34.

<sup>666</sup> 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.

<sup>667</sup> 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.

<sup>668</sup> Véase también Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 18, párr. 24.

<sup>669</sup> 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)<sup>670</sup>.

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 2003<sup>671</sup>.

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 2003<sup>672</sup>.

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 recíproca<sup>673</sup>. 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.

<sup>670</sup> 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.

<sup>671</sup> 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.

<sup>672</sup> 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.

<sup>673</sup> Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, art. 7, párr. 17.

incluye la denegación de asistencia<sup>674</sup>. Este planteamiento se reprodujo en el artículo 46, párrafo 26, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003<sup>675</sup>, 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 2003<sup>676</sup>.

*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 2003<sup>677</sup>.

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 2003<sup>678</sup>.

*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

<sup>674</sup> Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 18, párr. 26.

<sup>675</sup> 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”).

<sup>676</sup> Véase también Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 18, párr. 29.

<sup>677</sup> 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.

<sup>678</sup> 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 2003<sup>679</sup>.

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 2003<sup>680</sup>. 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...<sup>681</sup>.

*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 2003<sup>682</sup>.

<sup>679</sup> 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.

<sup>680</sup> 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.

<sup>681</sup> *Estado de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, pág. 253.

<sup>682</sup> 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 2003<sup>683</sup>.

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 2003<sup>684</sup>.

#### *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 2003<sup>685</sup>.

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 ordinarios<sup>686</sup>.

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.*

<sup>683</sup> 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.

<sup>684</sup> 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.

<sup>685</sup> 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.

<sup>686</sup> *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 expertos<sup>687</sup>.

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 artículo<sup>688</sup>.

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 artículo<sup>689</sup>.

---

<sup>687</sup> Tratado Modelo de Asistencia Recíproca en Asuntos Penales de las Naciones Unidas, art. 20, nota 27.

<sup>688</sup> 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.

<sup>689</sup> Notas interpretativas para los documentos oficiales (*travaux préparatoires*) de la negociación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (A/58/422/Add.1), párr. 44.

## Capítulo V

### Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)

#### A. Introducción

46. En su 67º período de sesiones (2015), la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema “*Ius cogens*” y nombrar Relator Especial al Sr. Dire Tladi<sup>690</sup>. Posteriormente, la Asamblea General, en su resolución 70/236, de 23 de diciembre de 2015, tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo.

47. El Relator Especial presentó tres informes entre 2016 y 2018, que la Comisión examinó en sus períodos de sesiones 68º a 70º (2016 a 2018)<sup>691</sup>, respectivamente. Tras los debates sobre esos informes, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de conclusión contenidos en ellos. Los Presidentes del Comité de Redacción presentaron a la Comisión informes provisionales sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) en que figuraban los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en los períodos de sesiones 68º a 70º, respectivamente.

48. En su 69º período de sesiones (2017), a raíz de una propuesta presentada por el Relator Especial en su segundo informe<sup>692</sup>, la Comisión decidió cambiar el título del tema de “*Ius cogens*” a “Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)”<sup>693</sup>.

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

49. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el cuarto informe del Relator Especial (A/CN.4/727). En el cuarto informe se analizaba el examen anterior del tema en la Comisión de Derecho Internacional y en la Sexta Comisión de la Asamblea General. También se abordaban las cuestiones del *ius cogens* regional y la inclusión en el proyecto de conclusiones de una lista ilustrativa de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Sobre la base de su análisis, el Relator Especial propuso un proyecto de conclusión que contenía una lista no exhaustiva de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

50. La Comisión examinó el cuarto informe en sus sesiones 3459ª a 3463ª y 3465ª, celebradas los días 8 a 10 y 14 a 16 de mayo de 2019.

51. En su 3465ª sesión, celebrada el 16 de mayo de 2019, la Comisión remitió al Comité de Redacción el proyecto de conclusión 24, que figuraba en el cuarto informe del Relator Especial, en el entendimiento de que la lista que contenía el proyecto de conclusión se trasladaría a un anexo y se limitaría a las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) a las que la Comisión se hubiera referido anteriormente.

52. La Comisión examinó el informe del Comité de Redacción (A/CN.4/L.936) en su 3472ª sesión, celebrada el 31 de mayo de 2019, y aprobó en primera lectura el proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) (véase la sección C.1 *infra*).

<sup>690</sup> En su 3257ª sesión, celebrada el 27 de mayo de 2015 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/70/10)*, párr. 286). El tema había sido incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión en su 66º período de sesiones (2014), con arreglo a la propuesta que figuraba en el anexo del informe de la Comisión (*ibid.*, *sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10)*, párr. 23).

<sup>691</sup> A/CN.4/693 (primer informe), A/CN.4/706 (segundo informe) y A/CN.4/714 y Corr.1 (tercer informe).

<sup>692</sup> A/CN.4/706, párr. 90.

<sup>693</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/72/10)*, párr. 146.

53. En sus sesiones 3499<sup>a</sup> a 3504<sup>a</sup>, celebradas los días 5 a 7 de agosto de 2019, la Comisión aprobó los comentarios al proyecto de conclusiones mencionado (véase la sección C.2 *infra*).

54. En su 3504<sup>a</sup> sesión, celebrada el 7 de agosto de 2019, la Comisión decidió, de conformidad con los artículos 16 a 21 de su estatuto, remitir el proyecto de conclusiones (véase la sección C *infra*), por conducto del Secretario General, a los Gobiernos para que formularan comentarios y observaciones, solicitándoles que los enviaran al Secretario General antes del 1 de diciembre de 2020.

55. En su 3504<sup>a</sup> sesión, celebrada el 7 de agosto de 2019, la Comisión expresó además su profundo agradecimiento al Relator Especial, Sr. Dire Tladi, por la extraordinaria contribución realizada, que había permitido a la Comisión culminar con éxito la primera lectura del proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

## **C. Texto del proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) aprobado por la Comisión en primera lectura**

### **1. Texto del proyecto de conclusiones**

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

#### **Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)**

##### **Primera parte Introducción**

##### **Conclusión 1 Alcance**

El presente proyecto de conclusiones se refiere a la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

##### **Conclusión 2 Definición de norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)**

Una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) es una norma 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 carácter.

##### **Conclusión 3 Naturaleza general de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)**

Las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) reflejan y protegen valores fundamentales de la comunidad internacional, son jerárquicamente superiores a otras normas de derecho internacional y son universalmente aplicables.

**Segunda parte**  
**Identificación de las normas imperativas de derecho internacional general**  
*(ius cogens)*

**Conclusión 4**  
**Criterios para la identificación de una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)***

Para identificar una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*, es necesario establecer que la norma en cuestión cumple los siguientes criterios:

- a) es una norma de derecho internacional general; y
- b) 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 carácter.

**Conclusión 5**  
**Bases de las normas imperativas de derecho internacional general**  
*(ius cogens)*

1. El derecho internacional consuetudinario es la base más común de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*.
2. Las disposiciones de los tratados y los principios generales del derecho también pueden servir de base de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*.

**Conclusión 6**  
**Aceptación y reconocimiento**

1. El requisito de “la aceptación y el reconocimiento” como criterio para identificar una norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* es distinto de la aceptación y el reconocimiento como norma de derecho internacional general.
2. Para identificar una norma como norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)*, ha de haber pruebas de que esta es aceptada y reconocida 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 carácter.

**Conclusión 7**  
**Comunidad internacional de Estados en su conjunto**

1. La aceptación y el reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto constituyen el criterio pertinente para la identificación de las normas imperativas de derecho internacional general *(ius cogens)*.
2. Para la identificación de una norma como norma imperativa de derecho internacional general *(ius cogens)* se requieren la aceptación y el reconocimiento por una mayoría muy amplia de Estados; no se requieren la aceptación y el reconocimiento por todos los Estados.
3. Si bien las posiciones de otros actores pueden ser pertinentes para poner en contexto y evaluar la aceptación y el reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, estas posiciones no pueden, por sí mismas, formar parte de dicha aceptación y reconocimiento.



**Conclusión 8****Prueba de la aceptación y el reconocimiento**

1. La prueba de la aceptación y el reconocimiento de que una norma de derecho internacional general es una norma imperativa (*ius cogens*) puede adoptar una gran variedad de formas.

2. Esas formas de prueba comprenden, sin reducirse a ello: las declaraciones públicas hechas en nombre de los Estados; las publicaciones oficiales; los dictámenes jurídicos gubernamentales; la correspondencia diplomática; los actos legislativos y administrativos; las decisiones de las cortes y tribunales nacionales; las disposiciones de los tratados; y las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental.

**Conclusión 9****Medios auxiliares de determinación del carácter imperativo de las normas de derecho internacional general**

1. Las decisiones de las cortes y tribunales internacionales, en particular las de la Corte Internacional de Justicia, constituyen un medio auxiliar para determinar el carácter imperativo de las normas de derecho internacional general.

2. La labor de los órganos de expertos establecidos por Estados o por organizaciones internacionales y la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones también pueden ser un medio auxiliar para determinar el carácter imperativo de las normas de derecho internacional general.

**Tercera parte****Consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)****Conclusión 10****Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)**

1. Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Las disposiciones de dicho tratado carecerán de fuerza jurídica.

2. Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), todo tratado existente que esté en oposición con esa norma pasará a ser nulo y terminará. Las partes en dicho tratado quedarán exentas de la obligación de seguir cumpliendo el tratado.

**Conclusión 11****Divisibilidad de las disposiciones de un tratado que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)**

1. Un tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) será nulo en su totalidad, y no se admitirá la división de las disposiciones del tratado.

2. Un tratado que pase a ser nulo por la aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) terminará en su totalidad, a menos que:

a) las disposiciones que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) puedan separarse del resto del tratado en lo que respecta a su aplicación;

b) se desprenda del tratado o conste de otro modo que la aceptación de dichas disposiciones no ha constituido para ninguna de las partes una base esencial de su consentimiento en obligarse por el tratado en su totalidad; y

c) la continuación del cumplimiento del resto del tratado no sea injusta.

**Conclusión 12****Consecuencias de la nulidad y la terminación de los tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)**

1. Las partes en un tratado que sea nulo por estar en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) en el momento de la celebración del tratado tendrán la obligación jurídica de:

a) eliminar en lo posible las consecuencias de todo acto que se haya realizado sobre la base de una disposición del tratado que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*); y

b) ajustar sus relaciones mutuas a la norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

2. La terminación de un tratado por la aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica creados por la ejecución del tratado antes de su terminación; sin embargo, esos derechos, obligaciones o situaciones podrán en adelante mantenerse únicamente en la medida en que su mantenimiento no esté por sí mismo en oposición con la nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

**Conclusión 13****Falta de efecto de las reservas a los tratados en las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)**

1. Una reserva a una disposición de un tratado que refleje una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) no afectará al carácter vinculante de esa norma, que continuará siendo de aplicación como tal.

2. Una reserva no podrá excluir ni modificar los efectos jurídicos de un tratado de manera contraria a una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

**Conclusión 14****Normas de derecho internacional consuetudinario que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)**

1. Una norma de derecho internacional consuetudinario no llegará a existir si está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Ello se entenderá sin perjuicio de la posible modificación de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

2. Una norma de derecho internacional consuetudinario que no tenga carácter imperativo dejará de existir cuando esté en oposición con una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) y en la medida en que lo esté.

3. La regla del objetor persistente no será de aplicación a las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

**Conclusión 15****Obligaciones creadas por actos unilaterales de Estados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)**

1. Un acto unilateral de un Estado por el que manifieste la intención de quedar vinculado por una obligación de derecho internacional que estuviera en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) no creará tal obligación.

2. Una obligación de derecho internacional creada por un acto unilateral de un Estado dejará de existir cuando esté en oposición con una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) y en la medida en que lo esté.

#### **Conclusión 16**

##### **Obligaciones creadas por resoluciones, decisiones u otros actos de organizaciones internacionales que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)**

Una resolución, decisión u otro acto de una organización internacional que de otro modo tendría efecto vinculante no creará obligaciones de derecho internacional cuando esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) y en la medida en que lo esté.

#### **Conclusión 17**

##### **Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) como obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto (obligaciones *erga omnes*)**

1. Las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) generan obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto (obligaciones *erga omnes*), en las que todos los Estados tienen un interés jurídico.

2. Todo Estado tiene derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado por la violación de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), de conformidad con las normas sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

#### **Conclusión 18**

##### **Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) y circunstancias que excluyen la ilicitud**

No podrá alegarse ninguna circunstancia que excluya la ilicitud en virtud de las normas sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos en relación con cualquier hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

#### **Conclusión 19**

##### **Consecuencias particulares de las violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)**

1. Los Estados cooperarán para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave por un Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

2. Ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por la violación grave por un Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación.

3. La violación de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de esa obligación por el Estado responsable.

4. El presente proyecto de conclusión se entenderá sin perjuicio de las demás consecuencias que la violación grave por un Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) pueda generar según el derecho internacional.

**Conclusión 20****Interpretación y aplicación en consonancia con las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)**

Cuando parezca que puede haber oposición entre una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) y otra norma de derecho internacional, esta deberá interpretarse y aplicarse, en la medida de lo posible, de manera que esté en consonancia con aquella.

**Conclusión 21****Requisitos de procedimiento**

1. El Estado que invoque una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) como causa de nulidad o de terminación de una norma de derecho internacional deberá notificar su pretensión a los otros Estados interesados. La notificación deberá hacerse por escrito y en ella habrá de indicarse la medida que se proponga adoptar con respecto a la norma de derecho internacional en cuestión.

2. Si ninguno de los otros Estados interesados formula objeción alguna en un plazo que, salvo en casos de especial urgencia, no habrá de ser inferior a tres meses, el Estado que haya invocado la norma podrá adoptar la medida que haya propuesto.

3. Si cualquier Estado interesado formula una objeción, los Estados interesados deberán buscar una solución por los medios indicados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.

4. Si no se encuentra una solución en un plazo de 12 meses, y el Estado que haya formulado la objeción o los Estados interesados se ofrecen a someter el asunto a la Corte Internacional de Justicia, el Estado que haya invocado la norma no podrá adoptar la medida que haya propuesto hasta que se resuelva la controversia.

5. El presente proyecto de conclusión se entenderá sin perjuicio de los requisitos de procedimiento establecidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las normas pertinentes relativas a la competencia de la Corte Internacional de Justicia u otras disposiciones aplicables en materia de solución de controversias acordadas por los Estados interesados.

**Cuarta parte****Disposiciones generales****Conclusión 22****Sin perjuicio de las consecuencias que determinadas normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) puedan generar de otro modo**

El presente proyecto de conclusiones se entenderá sin perjuicio de las consecuencias que determinadas normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) puedan generar de otro modo según el derecho internacional.

**Conclusión 23****Lista no exhaustiva**

Sin perjuicio de la existencia o la aparición ulterior de otras normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), en el anexo del presente proyecto de conclusiones figura una lista no exhaustiva de normas a las que la Comisión de Derecho Internacional se ha referido anteriormente como normas que han obtenido dicho estatus.

**Anexo**

- a) La prohibición de la agresión;
- b) La prohibición del genocidio;

- c) La prohibición de los crímenes de lesa humanidad;
- d) Las normas básicas del derecho internacional humanitario;
- e) La prohibición de la discriminación racial y el *apartheid*;
- f) La prohibición de la esclavitud;
- g) La prohibición de la tortura;
- h) El derecho a la libre determinación.

## 2. Texto del proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) con sus comentarios

57. El texto del proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) aprobado por la Comisión en primera lectura, con sus comentarios, figura a continuación.

### Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)

#### Primera parte Introducción

#### Conclusión 1 Alcance

El presente proyecto de conclusiones se refiere a la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

#### Comentario

- 1) Como ocurre siempre con la labor de la Comisión, el proyecto de conclusiones ha de leerse con sus comentarios.
- 2) El presente proyecto de conclusiones se refiere a las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), a las que se han remitido cada vez más las cortes y tribunales internacionales, regionales y nacionales, los Estados y otros actores. Tiene por objeto proporcionar orientación a todos aquellos que puedan estar llamados a determinar la existencia de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) y sus consecuencias jurídicas. Dada la importancia y las posibles implicaciones de gran alcance de las normas imperativas, es esencial que la identificación de esas normas y sus consecuencias jurídicas se haga de manera sistemática y de conformidad con una metodología generalmente aceptada.
- 3) El proyecto de conclusión 1 es de carácter introductorio y establece el alcance del proyecto de conclusiones. Dispone en términos sencillos que el presente proyecto de conclusiones se refiere a la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). El proyecto de conclusiones, que trata de la identificación y las consecuencias jurídicas, se refiere principalmente a la metodología. No trata de abordar el contenido de las distintas normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Cabe señalar también que los comentarios se referirán a diferentes materiales para ilustrar los enfoques metodológicos adoptados en la práctica. Los materiales a los que se hace referencia como ejemplos de práctica, incluidas las opiniones de los Estados, sirven para ilustrar la metodología de identificación y las consecuencias de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). No indican que la Comisión apruebe o respalde las opiniones expresadas en ellos.
- 4) El proyecto de conclusiones se refiere principalmente al método para establecer si una norma de derecho internacional general tiene además la cualidad de ser de carácter imperativo (es decir, ser 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 (*ius cogens*)). Por consiguiente, el proyecto de conclusiones no se ocupa de determinar el contenido de las

normas imperativas en sí mismas. Para identificar una norma de derecho internacional como imperativa o no, es preciso aplicar los criterios establecidos en el presente proyecto de conclusiones.

5) Además de a la identificación de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), el proyecto de conclusiones también se refiere a las consecuencias jurídicas de esas normas. Se utiliza la expresión “consecuencias jurídicas” por su carácter general. Si bien las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) pueden tener consecuencias no jurídicas, el presente proyecto de conclusiones solo aborda las consecuencias jurídicas. Además, cada norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) puede tener consecuencias específicas distintas de las consecuencias generales que se derivan de todas las normas imperativas. No obstante, el presente proyecto de conclusiones no se ocupa de esas consecuencias específicas, ni trata de determinar si una norma imperativa tiene consecuencias específicas. El proyecto de conclusiones solo aborda las consecuencias jurídicas generales de las normas imperativas de derecho internacional general.

6) Las expresiones “*ius cogens*”, “normas imperativas” y “normas imperativas de derecho internacional general” a veces se utilizan indistintamente en la práctica de los Estados, la jurisprudencia internacional y la doctrina<sup>694</sup>. La Comisión optó por la expresión “normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)” porque es más clara y es la empleada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (“Convención de Viena de 1969”)<sup>695</sup>.

7) La expresión “normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)” también sirve para indicar que el tema se refiere únicamente a las normas de derecho internacional general. Las normas de *ius cogens* de los ordenamientos jurídicos nacionales, por ejemplo, no forman parte del tema. Del mismo modo, las normas de carácter puramente bilateral o regional también están excluidas del alcance del tema.

8) A veces se entiende que la palabra “norma” tiene un sentido más amplio que otras palabras conexas como “reglas” y “principios” y abarca ambos términos. No obstante, cabe señalar que, en algunos casos, las palabras “reglas”, “principios” y “normas” pueden utilizarse indistintamente. La Comisión, en la versión en inglés de su proyecto de artículos de 1966 sobre el derecho de los tratados, utilizó la palabra “norm” en el proyecto de artículo 50, que pasó a ser el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969. No obstante, en los comentarios, la Comisión utilizó la palabra “rules”<sup>696</sup>. En aras de la coherencia con esa Convención, en cuyos artículos 53 y 64 se utiliza la palabra “norma”, se ha optado por ese término.

## Conclusión 2

### Definición de norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)

Una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) es una norma 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 (*ius cogens*) que tenga el mismo carácter.

## Comentario

1) El proyecto de conclusión 2 contiene una definición de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Se basa en el artículo 53 de la Convención de

<sup>694</sup> Véase un análisis de la nomenclatura en D. Costelloe, *Legal Consequences of Peremptory Norms in International Law*, Cambridge University Press, 2017, págs. 11 y ss.

<sup>695</sup> Véase, por ejemplo, el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969.

<sup>696</sup> Véase la versión en inglés del proyecto de artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario...*, 1966, vol. II, pág. 202, donde se utiliza la palabra “norm”. En los comentarios, no obstante, se habla de “general rule[s] of international law [...] having the character of jus cogens” y de “rules of jus cogens” (*ibid.*, pág. 271, párrs. 2) y 3) del comentario al proyecto de artículo 50).

Viena de 1969 con algunas modificaciones para adaptarlo al contexto del proyecto de conclusiones. En primer lugar, solo se reproduce la segunda oración del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969. La primera oración, que se refiere a la nulidad de los tratados, no forma parte de la definición. Es más bien una consecuencia jurídica de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), que se aborda en el proyecto de conclusión 10. En segundo lugar, en la definición se omite la expresión “[p]ara los efectos de la presente Convención”. Como se demostrará más adelante, la definición del artículo 53, aunque se utilizó inicialmente a los efectos de la Convención de Viena de 1969, ha pasado a ser aceptada como una definición general que es de aplicación más allá del derecho de los tratados. Por último, de conformidad con el enfoque general de este tema, la Comisión ha decidido insertar entre paréntesis la expresión “*ius cogens*” después de “norma imperativa de derecho internacional general”.

2) Esta formulación se eligió por ser la más ampliamente aceptada en la práctica de los Estados y en las decisiones de las cortes y tribunales internacionales. También se utiliza habitualmente en la doctrina. En general, los Estados han apoyado la idea de proceder sobre la base de la Convención de Viena de 1969<sup>697</sup>. Las decisiones de las cortes y tribunales nacionales también se han remitido en general al artículo 53 al definir las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)<sup>698</sup>. Del mismo modo, las cortes y tribunales internacionales se han basado en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 al abordar las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)<sup>699</sup>. El artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 también se acepta como definición general de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) en la doctrina<sup>700</sup>. Si

<sup>697</sup> Véase, por ejemplo, la declaración de la República Checa (A/C.6/71/SR.24, párr. 72). Véanse también las declaraciones del Canadá (A/C.6/71/SR.27, párr. 9), Chile (A/C.6/71/SR.25, párr. 101), China (A/C.6/71/SR.24, párr. 89), la República Islámica del Irán (A/C.6/71/SR.26, párr. 118) (“El objeto de la labor de la Comisión sobre el tema no es impugnar los dos criterios establecidos en el artículo 53 [...]. Por el contrario, el objetivo es dilucidar el significado y el alcance de ambos criterios”), y Polonia (*ibid.*, párr. 56). Véase además la declaración de Irlanda (A/C.6/71/SR.27, párr. 19) (“La delegación de Irlanda concuerda con la opinión de que los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados deberían ser el fundamento de la labor sobre el tema”).

<sup>698</sup> Véanse, por ejemplo, *Al Shimari*, et al. v. *CACI Premier Technology, Inc.*, núm. 1:08-cv-827 (LMB/JFA), opinión de 22 de marzo de 2019, 2019 WL 1320052 (E.D. Va. 2019), pág. 26; *Committee of United States Citizens Living in Nicaragua v. Reagan*, causa núm. 87-5053, opinión de 14 de octubre de 1988, 859 F.2d 929 (D.C. Cir. 1988), pág. 940; *Youssef Nada gegen Staatssekretariat für Wirtschaft, Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement*, causa núm. 1A 45/2007, sentencia sobre el recurso administrativo de 14 de noviembre de 2007, Tribunal Supremo Federal de Suiza, BGE 133 II 450, párr. 7.1; *National Commissioner of The South African Police Service v. Southern African Human Rights Litigation Centre and Another*, causa núm. CC 02/14, sentencia de 30 de octubre de 2014, Tribunal Constitucional de Sudáfrica [2014] ZACC 30, párr. 35; *Priebke, Erich s/ solicitud de extradición*, causa núm. 16.063/94, fallo de 2 de noviembre de 1995, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, párr. 70; *Bouzari v. Islamic Republic of Iran*, registro C38295, decisión de 30 de junio de 2004, Tribunal de Apelaciones de Ontario, 71 OR (3d) 675 (Ont CA), ILDC [International Law in Domestic Courts] 175 (CA 2004), párr. 86; y *Gabriel Orlando Vera Navarrete*, Exp. núm. 2798-04-HC/TC, decisión de 9 de diciembre de 2004, Tribunal Constitucional del Perú, párr. 8.

<sup>699</sup> Véanse, por ejemplo, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, págs. 226 y ss., en especial pág. 258, párr. 83; *Prosecutor v. Furundžija*, causa núm. IT-95-17/1-T, fallo de 10 de diciembre de 1998, Sala de Primera Instancia, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Judicial Reports 1998*, pág. 571, párr. 155; y *Prosecutor v. Jelisić*, causa núm. IT-95-10-T, fallo de 14 de diciembre de 1999, Sala de Primera Instancia, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Judicial Reports 1999*, págs. 431 a 433, párr. 60. Véase también *Jaime Córdoba Triviño*, caso núm. C-578/95, sentencia de 4 de diciembre de 1995, Corte Constitucional de Colombia. Véanse, en especial, la opinión separada del Magistrado *ad hoc* Dugard en la causa *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 pág. 88, párr. 8;

<sup>700</sup> Véase, por ejemplo, S. Knuchel, *Jus Cogens: Identification and Enforcement of Peremptory Norms*, Zúrich, Schulthess, 2015, pág. 19 (donde se afirma que, dado que el artículo 53 contiene la única definición jurídica que existe por escrito de los efectos de las normas de *ius cogens*, así como del

bien la formulación del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 es a “los efectos de la Convención”, aplicable asimismo en otros contextos, entre ellos en relación con la responsabilidad del Estado<sup>701</sup>. La Comisión, al abordar las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) en el contexto de otros temas, también ha utilizado la definición del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969<sup>702</sup>. Por consiguiente, resulta apropiado que el presente proyecto de conclusiones se base en el artículo 53 para la definición de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

3) La definición de las normas imperativas que figura en el artículo 53 contiene dos elementos principales. En primer lugar, la norma en cuestión ha de ser una norma de derecho internacional general. En segundo lugar, ha de ser aceptada y reconocida por la

---

proceso por el cual surgen, este constituye el punto de partida necesario para analizar dicho concepto); S. Kadelbach, “Genesis, function and identification of *jus cogens* norms”, *Netherlands Yearbook of International Law* 2015, vol. 46 (2016), págs. 147 a 172, en especial pág. 166, donde se afirma que los tratados sobre el *ius cogens* suelen comenzar con el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, y pág. 162, donde se evalúan la responsabilidad reforzada y los efectos *erga omnes* del *ius cogens* sobre la base del artículo 53 de la Convención de 1969; y U. Linderfalk, “Understanding the *jus cogens* debate: the pervasive influence of legal positivism and legal idealism”, *ibid.*, págs. 51 a 84, en especial pág. 52. Véase también, en general, Costelloe (nota 694 *supra*), quien, aunque no afirma en ningún momento que el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 establece la definición, sin duda procede sobre esa base. Véanse también L. Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki, Finnish Lawyers’ Publishing Company, 1988, en especial págs. 5 a 12; y L. A. Alexidze, “Legal nature of *jus cogens* in contemporary international law”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 172 (1981), págs. 219 a 263, en especial pág. 246.

<sup>701</sup> Véase T. Weatherall, *Jus Cogens: International Law and Social Contract*, Cambridge University Press, 2015, págs. 6 y 7 (donde se afirma que, aunque la Convención de Viena se refiere al derecho de los tratados y obliga únicamente a los signatarios, el artículo 53 refleja un concepto cuyos efectos jurídicos van más allá del contexto de los tratados. La práctica contemporánea de los órganos judiciales internacionales y nacionales, consistente en remitirse al artículo 53 para cualquier examen del *ius cogens*, es coherente con esta idea de un concepto que excede del contexto de los tratados); E. Santalla Vargas, “In quest of the practical value of *jus cogens* norms”, *Netherlands Yearbook of International Law* 2015, vol. 46 (2016), págs. 211 a 240, en especial págs. 223 y 224, (donde se afirma que, sin embargo, los efectos potenciales del *ius cogens* no solo se extienden más allá del derecho de los tratados, sino que incluso se ponen de manifiesto en mayor medida en situaciones no relacionadas con el derecho de los tratados); y A. Cassese, “For an enhanced role of *jus cogens*”, en A. Cassese (ed.), *Realizing Utopia: the Future of International Law*, Oxford University Press, 2012, págs. 158 a 171, en especial pág. 160 (donde se afirma que, afortunadamente, los Estados, las cortes y tribunales nacionales y los organismos judiciales internacionales han invocado normas imperativas en relación con *ámbitos ajenos a la elaboración de tratados*. Al hacerlo, estas entidades han ampliado el alcance y los efectos normativos de las normas imperativas). Véase también H. Charlesworth y C. Chinkin “The gender of *jus cogens*”, *Human Rights Quarterly*, vol. 15 (1993), págs. 63 a 76, en especial pág. 63 (donde se afirma que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados contiene una definición formal y procedimental del concepto de derecho internacional de *ius cogens*).

<sup>702</sup> Véase el párrafo 5) del comentario al artículo 26 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 90 (“Los criterios para identificar las normas imperativas de derecho internacional general son exigentes. El artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 no solo requiere que la norma reúna todos los criterios necesarios para ser reconocida como norma de derecho internacional general [...] sino también que haya sido reconocida como de carácter imperativo por la comunidad internacional de Estados en su conjunto”). Véanse también las conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional (A/CN.4/L.702), conclusión 32) (“Una norma de derecho internacional puede ser superior a otras por la importancia de su contenido y por la aceptación universal de su superioridad. Así ocurre con las normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*) [artículo 53 de la Convención de Viena de 1969], es decir, toda norma ‘aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario’”). Véase, además, el informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional (elaborado por Martti Koskeniemi) (A/CN.4/L.682 y Corr.1 y Add.1), párr. 375 (“El punto de partida [para establecer los criterios] debe ser la formulación del propio artículo 53, es decir, identificar el *ius cogens* mediante referencia a lo que es ‘una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto’”).



comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma que tenga el mismo carácter. Estos elementos constituyen los criterios para la identificación de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) y se explican con más detalle en los proyectos de conclusión 4 a 9.

### **Conclusión 3**

#### **Naturaleza general de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)**

Las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) reflejan y protegen valores fundamentales de la comunidad internacional, son jerárquicamente superiores a otras normas de derecho internacional y son universalmente aplicables.

#### **Comentario**

1) El proyecto de conclusión 3 describe la naturaleza general de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), y lo hace refiriéndose a características esenciales asociadas a las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). El proyecto de conclusión se ha ubicado al final de la primera parte para indicar que sirve de orientación general con respecto a las disposiciones que figuran a continuación. No obstante, se señaló que esas “características” carecían de base suficiente en derecho internacional, confundían innecesariamente la identificación con los efectos de esas normas y podían considerarse criterios adicionales para determinar la existencia de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) específica.

2) La primera característica a la que se hace referencia en el proyecto de conclusión 3 es que las normas imperativas de derecho internacional general “reflejan y protegen valores fundamentales de la comunidad internacional”. La Comisión eligió las palabras “reflejan y protegen” para destacar la doble función que desempeñan los valores fundamentales en relación con las normas imperativas de derecho internacional general. La palabra “reflejan” tiene por objeto indicar que el valor o los valores fundamentales de que se trate fundamentan, en parte, el carácter imperativo de la norma de derecho internacional general en cuestión. Además, la palabra “reflejan” trata de establecer la idea de que la norma en cuestión da efecto a determinados valores. La palabra “protegen” pretende señalar el efecto que tiene la norma imperativa en el valor: que una norma imperativa específica sirve para proteger el valor o los valores en cuestión. En cierto modo, son conceptos que se refuerzan mutuamente. Todo valor reflejado por una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) estará protegido por el cumplimiento de esa norma.

3) La característica de que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) reflejan y protegen valores fundamentales de la comunidad internacional se refiere al contenido de la norma en cuestión. Ya en 1951, antes de la aprobación de la Convención de Viena de 1969 o del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados de 1966, la Corte Internacional de Justicia había vinculado la prohibición del genocidio, una prohibición que en la actualidad es ampliamente aceptada y reconocida como norma imperativa, a valores fundamentales, señalando que esa prohibición se inspiraba en la determinación “de condenar y castigar el genocidio como un ‘crimen según el derecho internacional’ que implica una denegación del derecho de existencia a grupos humanos enteros, una denegación que conmueve la conciencia de la humanidad, y le causa grandes pérdidas y es contraria a las normas morales y al espíritu y los objetivos de las Naciones Unidas”<sup>703</sup>.

<sup>703</sup> *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1951*, págs. 15 y ss., en especial pág. 23. Véase también P. Bisazza, “Les crimes à la frontières du *jus cogens*”, en L. Moreillon *et al.* (eds.), *Droit pénal humanitaire*, serie II, vol. 4, Bruselas, Bruylant, 2009, pág. 164, donde se hace referencia, citando a Bassiouni, a la conciencia de la humanidad, y L. Boisson de Charzounes, “Commentaire”, en R. Huesa Vinaixa y K. Wellens (eds.), *L’influence des sources sur l’unité et la fragmentation du droit international*:

4) Las referencias, en la opinión consultiva de la Corte sobre las *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, a “la conciencia de la humanidad” y a las “normas morales” evocan valores fundamentales compartidos por la comunidad internacional. En decisiones posteriores, la Corte Internacional de Justicia ha reafirmado esta descripción de los fundamentos de la prohibición del genocidio y, al mismo tiempo, ha afirmado el carácter imperativo de la prohibición del genocidio<sup>704</sup>. Además, en su fallo de 2007 en la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, la Corte hizo referencia a las normas imperativas junto con las “obligaciones que protegen valores humanitarios esenciales”, indicando así la existencia de una relación entre ellas<sup>705</sup>. La conexión entre los valores y el carácter imperativo de las normas también ha sido señalada por otras cortes y tribunales internacionales<sup>706</sup>.

5) El vínculo entre normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) y valores fundamentales también se ha reconocido en decisiones de cortes y tribunales nacionales<sup>707</sup>. Por ejemplo, en *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos citó e hizo suya la afirmación de que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) se derivan de

---

*travaux du séminaire tenu à Palma, les 20-21 Mai 2005*, Bruselas, Bruylant, 2006, pág. 76, donde se habla de una *conciencia universal*.

<sup>704</sup> Véanse, por ejemplo, *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. 110 y 111, párr. 161; y *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. 46, párr. 87.

<sup>705</sup> *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (véase la nota anterior), pág. 104, párr. 147.

<sup>706</sup> *Prosecutor v. Furundžija* (véase la nota 699 *supra*), pág. 569, párrs. 153 y 154, donde el Tribunal vinculó expresamente la condición de norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) de la prohibición de la tortura a la “importancia de los valores que protege”, señalando que “el carácter de *ius cogens* de la prohibición de la tortura refleja claramente la idea de que esta se ha convertido en una de las normas más fundamentales de la comunidad internacional”. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos citó e hizo suya esta afirmación en la causa *Al-Adsani v. the United Kingdom*, demanda núm. 35763/97, sentencia de 21 de noviembre de 2001, Gran Sala, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Reports of Judgments and Decisions 2001-XI*, párr. 30. En el caso *Goiburú y otros Vs. Paraguay* (sentencia de 22 de septiembre de 2006 sobre fondo, reparaciones y costas, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 153, párr. 128), la Corte describió los delitos prohibidos por el *ius cogens* como aquellos que “afectan valores o bienes trascendentales de la comunidad internacional”. Véase también *Michael Domingues Vs. Estados Unidos*, (caso núm. 12.285, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe núm. 62/02 de 22 de octubre de 2002, párr. 49), donde dicha Comisión vinculó las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) a la “moral pública” y, lo que es más importante, declaró que estas “derivan su condición de valores fundamentales defendidos por la comunidad internacional”, señalando que la violación del *ius cogens* “conmueve la conciencia de la humanidad”.

<sup>707</sup> Véanse, por ejemplo, *Bayan Muna as represented by Representative Satur Ocampo et al. v. Alberto Romulo, in his capacity as Executive Secretary et al.*, Tribunal Supremo de la República de Filipinas (2011), pág. 56, donde se señala que las normas de *ius cogens* se consideran fundamentales para la existencia de un orden internacional justo. *Kaunda and Others v. President of the Republic of South Africa & Others (Society for the Abolition of the Death Penalty in South Africa intervening as Amicus Curiae)* 2005 (4) SA 235 (CC); *Minister of Justice and Others v. Southern African Litigation Centre and Others*, donde el Tribunal suscribe la opinión de que, como se considera cada vez más que la soberanía del Estado está supeditada al respeto de determinados valores comunes a la comunidad internacional, tal vez no sorprenda que ya no baste con alegar la soberanía sin más para ofrecer una protección absoluta a los altos funcionarios frente a un enjuiciamiento por crímenes de *ius cogens*. *Alessi e altri contro Repubblica Federale Tedesca e Presidenza del Consiglio dei Ministri (intervenuto)*, remisión al Tribunal Constitucional, providencia núm. 85/2014, ILDC 2725 (IT 2014), 21 de enero de 2014, Italia; Toscana; Florencia; Tribunal de Primera Instancia (Donde se afirma que, asimismo, se considera que en el ordenamiento jurídico interno, los derechos fundamentales de la persona reconocidos por la Constitución confluyen necesariamente con las normas de *ius cogens* establecidas para proteger los derechos fundamentales de la persona reconocidos por el derecho internacional, lo que pone de relieve los mismos valores, generalmente universales, de protección de la dignidad de la persona).

valores considerados fundamentales por la comunidad internacional<sup>708</sup>. El Tribunal Constitucional del Perú hizo referencia a la “extraordinaria importancia de los valores que subyacen” a las obligaciones de *ius cogens*<sup>709</sup>. Del mismo modo, en la causa *Arancibia Clavel*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina sostuvo que el objetivo de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) era “proteger a los Estados de acuerdos concluidos en contra de algunos valores e intereses generales de la comunidad internacional de Estados en su conjunto”<sup>710</sup>.

6) La relación entre normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) y valores también está aceptada en la doctrina. Kolb afirma que la idea de que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) están relacionadas de alguna manera con valores fundamentales es la teoría absolutamente predominante<sup>711</sup>. Hannikainen, al describir el papel de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), observa que una comunidad jurídica puede considerar necesario establecer normas imperativas para la protección de esos intereses y valores primordiales de la propia comunidad<sup>712</sup>. Del mismo modo, Pellet considera que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) allanan el camino hacia un orden público más orientado a los valores morales<sup>713</sup>, mientras que Tomuschat las describe como la clase de normas que protegen valores fundamentales de la comunidad internacional<sup>714</sup>.

<sup>708</sup> *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, 965 F.2d 699, (Noveno Circuito, 1992), pág. 715. Tribunales inferiores del Noveno Circuito han citado esta decisión en apoyo de su posición, a saber: *Estate of Hernandez-Rojas v. United States*, 2013 U.S. Dist. LEXIS136922 (SD Cal. 2013), pág. 13; *Estate of Hernandez-Rojas v. United States*, 2014 U.S. Dist. LEXIS101385 (SD Cal. 2014), pág. 9; y *Doe I v. Reddy*, 2003 U.S. Dist. LEXIS26120 (ND Cal 2003), págs. 32 y 34. Véase también la opinión del Noveno Circuito en *Alvarez-Machain v. United States* (331 F.3d 604 (Noveno Circuito, 2003), pág. 613. Aunque el Tribunal Supremo acabó revocando esa decisión en *Sosa v. Alvarez-Machain et al.* (542 U.S. 692 (2004)), no abordó la idea de que las normas imperativas reflejan los valores de la comunidad internacional.

<sup>709</sup> 25 % del número legal de Congresistas contra el Decreto Legislativo núm. 1097, EXP. núm. 0024-2010-PI/TC, sentencia del Pleno Jurisdiccional de 21 de marzo de 2011, Tribunal Constitucional del Perú, párr. 53 (“de la extraordinaria importancia de los valores que subyacen a tal obligación [de *ius cogens*]”).

<sup>710</sup> *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros*, causa núm. 259, sentencia de 24 de agosto de 2004, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, párr. 29.

<sup>711</sup> R. Kolb, *Peremptory International Law: Jus Cogens – a General Inventory*, Oxford, Hart Publishing, 2015, pág. 32. H. Olasolo Alonso, A. Mateus Rugeles y A. Contreras Fonseca, “La naturaleza imperativa del principio ‘no hay paz sin justicia’ respecto a los máximos responsables del fenómeno de la lesa humanidad y sus consecuencias para el ámbito de actuación de la llamada ‘justicia de transición’”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, vol. 49 (2016), págs. 135 a 171; C. Zelada, “*Ius cogens* y derechos humanos: luces y sombras para una adecuada delimitación de conceptos”, *Agenda Internacional*, vol. 8 (2002), págs. 129 a 156, en especial pág. 139. A. A. Cançado Trindade, “*Jus cogens*: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law”, XXXV Curso de Derecho Internacional organizado por el Comité Jurídico Interamericano de la OEA en Rio de Janeiro (agosto de 2008), págs. 6 y 12; K. Hossain, “The concept of *jus cogens* and the obligation under the U.N. Charter”. *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 3 (2005), págs. 72 a 98, en especial pág. 73; L. Henkin, “International law and the inter-State sys”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 216 (1989), pág. 60; J. R. Argés, “*Ius cogens*”: descripción, valoración y propuestas de aplicación actual de un tópico jurídico clásico”, tesis doctoral, Universidade de Santiago de Compostela, 2017, pág. 273; A. de Beer, *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens) and the Prohibition of Terrorism* (Leiden, Brill, 2019), págs. 79 a 83. E. Petrič, “Principles of the Charter of the United Nations: *Jus cogens*?” *Czech Yearbook of Public and Private International Law*, vol. 17 (2016).

<sup>712</sup> Hannikainen (véase la nota 700 *supra*), pág. 2.

<sup>713</sup> A. Pellet, “Comments in response to Christine Chinkin and in defense of *jus cogens* as the best bastion against the excesses of fragmentation”, *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 17 (2006), págs. 83 a 90, en especial pág. 87.

<sup>714</sup> C. Tomuschat, “The Security Council and *jus cogens*”, en E. Cannizzaro (ed.), *The Present and Future of Jus Cogens*, Sapienza, Università Editrice, 2015, pág. 8, quien describe el *ius cogens* como la clase de normas que protegen los valores fundamentales de la comunidad internacional. Véanse

7) Del análisis anterior se desprende que las cortes y tribunales y la doctrina han empleado diferentes términos para referirse a la importancia de los valores. Por ejemplo, se han utilizado indistintamente las expresiones “valores fundamentales”<sup>715</sup> e “intereses”<sup>716</sup>, o variaciones de estas. No obstante, estas diferentes opciones terminológicas no son mutuamente excluyentes e indican los importantes antecedentes normativos y morales de la norma en cuestión.

8) Como segunda característica, en el proyecto de conclusión 3 se afirma que las normas imperativas de derecho internacional general son jerárquicamente superiores a otras normas de derecho internacional. El hecho de que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) sean jerárquicamente superiores a otras normas de derecho internacional es tanto una característica como una consecuencia de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Es una consecuencia porque la identificación de una norma como norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) tiene por efecto su superioridad sobre otras normas. No obstante, también es una característica porque la superioridad jerárquica describe la naturaleza de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

9) Las cortes y tribunales internacionales han mencionado a menudo la superioridad jerárquica de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). El Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, por ejemplo, ha señalado que una característica de la prohibición de la tortura “guarda relación con la jerarquía de las normas en el orden normativo internacional” y que la prohibición “ha pasado a ser una norma imperativa o de *ius cogens*, es decir, una norma que en la jerarquía internacional tiene un rango superior al derecho convencional e incluso a las normas consuetudinarias ‘ordinarias’”<sup>717</sup>. La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha aceptado la superioridad jerárquica de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)<sup>718</sup>. En el asunto *Kadi c. Consejo y Comisión*, el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas describió las normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*) como un “orden público internacional”<sup>719</sup>. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el asunto *Al-Adsani c. el Reino Unido*, también ha descrito una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) como una norma que en la

---

también H. Ruiz Fabri, “Enhancing the rhetoric of *jus cogens*”, *European Journal of International Law*, vol. 23, núm. 4 (2012), págs. 1049 y ss., en especial pág. 1050; M. den Heijer y H. van der Wilt, “*Jus cogens* and the humanization and fragmentation of international law”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46 (2015), págs. 3 a 21, en especial pág. 15; y D. Shelton, “Sherlock Holmes and the mystery of *jus cogens*”, *ibid.*, págs. 23 a 50, en especial a partir de la pág. 42.

<sup>715</sup> Tomuschat, “The Security Council and *jus cogens*” (véase la nota 714 *supra*), pág. 8. Véanse también *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* (nota 708 *supra*), pág. 715, donde el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos habló de valores considerados fundamentales por la comunidad internacional, y el Tribunal Constitucional del Perú en *25 % del número legal de Congresistas*, refiriéndose a “la extraordinaria importancia de los valores” (véase la nota 709 *supra*).

<sup>716</sup> Hannikainen (véase la nota 700 *supra*), pág. 2, donde se habla de intereses primordiales. Ver también *Arancibia Clavel* (nota 710 *supra*), donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina se refirió a los “intereses generales de la comunidad internacional” como fundamento de las normas imperativas.

<sup>717</sup> *Prosecutor v. Furundžija* (véase la nota 699 *supra*), pág. 569, párr. 153.

<sup>718</sup> *García Lucero y otras Vs. Chile*, sentencia de 28 de agosto de 2013, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 267, párr. 123, nota 139, donde se cita con aprobación la causa *Prosecutor v. Furundžija* (véase la nota 699 *supra*). Véase también *Michael Domingues Vs. Estados Unidos* (nota 706 *supra*), párr. 49, donde se señala que las normas de *ius cogens* se derivan de “un orden superior de normas jurídicas”.

<sup>719</sup> *Yassin Abdullah Kadi c. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto núm. T-315-01, sentencia de 21 de septiembre de 2005, Sala Segunda, Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, [2005] *Recopilación de la Jurisprudencia II-03649*, párr. 226. Véase también *Hassan c. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto núm. T-49/04, sentencia de 12 de julio de 2006, Sala Segunda, Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, párr. 92.

jerarquía internacional goza de un rango superior al derecho convencional e incluso a las normas consuetudinarias “ordinarias”<sup>720</sup>.

10) El reconocimiento de la superioridad jerárquica de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) también puede apreciarse en la práctica de los Estados. Por ejemplo, en la causa *Mann v. Republic of Equatorial Guinea*, el Tribunal Superior de Zimbabwe describió las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) como aquellas normas dotadas de primacía en la jerarquía de normas que constituyen el orden normativo internacional<sup>721</sup>. Tribunales de los Estados Unidos han reconocido asimismo la superioridad jerárquica de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). En la causa *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito señaló que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) eran aquellas merecedoras del más alto rango en derecho internacional<sup>722</sup>. Las cortes y tribunales nacionales han utilizado diversos términos que denotan superioridad jerárquica para describir las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Se ha afirmado que ocupan el más alto rango entre todas las demás normas y principios consuetudinarios<sup>723</sup>, que se encuentran “no solo por encima de los tratados sino incluso por sobre todas las fuentes del derecho”<sup>724</sup>, y que son normas que prevalecen sobre el derecho internacional consuetudinario y los tratados<sup>725</sup>. Los Estados también se han referido, en sus declaraciones, a la superioridad jerárquica de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)<sup>726</sup>.

11) La superioridad jerárquica de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) se ha reconocido en las conclusiones de la labor del Grupo de Estudio

<sup>720</sup> *Al-Adsani v. the United Kingdom* (véase la nota 706 *supra*), párr. 60.

<sup>721</sup> *Mann v. Republic of Equatorial Guinea*, causa núm. 507/07, sentencia de 23 de enero de 2008, Tribunal Superior de Zimbabwe, [2008] ZWHHC 1.

<sup>722</sup> *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* (véase la nota 708 *supra*), pág. 717.

<sup>723</sup> *Bayan Muna as represented by Representative Satur Ocampo et al. v. Alberto Romulo, in his capacity as Executive Secretary*, et al., causa G.R. núm. 159618, sentencia de 1 de febrero de 2011, Tribunal Supremo de la República de Filipinas, ILDC 2059 (PH2011), párr. 92. Véase también *Certain Employees of Sidhu and Sons Nursery Ltd.*, et al., causas núms. 61942, 61973, 61966, 61995, decisión de 1 febrero de 2012, BCLRB núm. B28/2012, párr. 44, donde la Junta de Relaciones Laborales de la Columbia Británica (Canadá) señaló que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) gozaban en la jerarquía internacional de un rango superior al derecho convencional e incluso a las normas consuetudinarias “ordinarias”. Véanse también *R (on the application of Al Rawi and Others) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Another*, causa núm. C1/2006/1064, sentencia de 12 de octubre de 2006, Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales (Sala de lo Civil) [2006] EWCA Civ 1279; y *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others: Ex Parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, decisión de 24 de marzo de 1999, Inglaterra, Cámara de los Loes, [2000] 1 A.C. 147, pág. 198.

<sup>724</sup> *Julio Héctor Simón y otros s/ privación ilegítima de la libertad*, causa núm. 17.768, sentencia de 14 de junio de 2005, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, párr. 48. Véase también *Julio Lilo Mazzeo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad*, sentencia de 13 de julio de 2007, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, párr. 15 (“se trata de la más alta fuente del derecho internacional”).

<sup>725</sup> *Mani Kumari Sabbithi*, et al. v. *Major Waleed KH N.S. Al Saleh*, et al., 605 F. Supp 2d 122 (Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Columbia 2009), pág. 129. Véase también *Mario Luiz Lozano c. Fiscal General de la República Italiana*, causa núm. 31171/2008, sentencia en apelación de 24 de julio de 2008, Sala Primera de lo Penal, Corte Suprema de Casación, Italia, pág. 6 (dándose prevalencia al principio de mayor rango y de *ius cogens*).

<sup>726</sup> Véanse, por ejemplo, las declaraciones de los Países Bajos (A/C.6/68/SR.25, párr. 101) (“El *ius cogens* tiene una jerarquía superior en el sistema de derecho internacional, independientemente de que adopte la forma de derecho codificado o derecho consuetudinario”); y del Reino Unido (*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones*, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968, *Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria (A/CONF.39/11)*, 53ª sesión, párr. 53) (“en una sociedad internacional bien organizada se necesitan normas de derecho internacional de un orden más elevado que las normas puramente dispositivas que los Estados pueden derogar”).

de la Comisión sobre la fragmentación del derecho internacional<sup>727</sup>. Esta característica también está generalmente reconocida en la doctrina<sup>728</sup>.

12) Por último, en lo que respecta a la tercera característica, el proyecto de conclusión 3 dispone que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) son universalmente aplicables. La aplicabilidad universal de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) hace que sean vinculantes para todos los sujetos de derecho internacional a los que están dirigidas. La aplicabilidad universal de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), al igual que su superioridad jerárquica, se deriva del hecho de que no admiten acuerdo en contrario. El hecho de que una norma no admita acuerdo en contrario, por extensión, significa que es aplicable a todos, ya que los Estados no pueden dejarlas sin efecto creando normas especiales propias que estén en oposición con ella. La aplicación universal de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) es tanto una característica como una consecuencia de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

13) En su opinión consultiva sobre las *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, la Corte Internacional de Justicia se refirió al “carácter universal de la condena del genocidio”, que consideraba una consecuencia del hecho de que el genocidio “conmueve la conciencia de la humanidad, causa una gran pérdida a la humanidad y es contrario a las normas morales”<sup>729</sup>. El carácter universal de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) se ha afirmado en fallos del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia<sup>730</sup>. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha descrito las normas imperativas del derecho internacional general (*ius cogens*) como “aplicable[s] a todo Estado” y como normas que “vinculan a todos los Estados”<sup>731</sup>. Asimismo, en el caso *Michael Domingues Vs. Estados Unidos*, la Comisión

<sup>727</sup> Conclusión 32) de las Conclusiones de los trabajos del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (véase la nota 702 *supra*, pág. 200, párr. 251 (“[u]na norma de derecho internacional puede ser superior a otras por la importancia de su contenido y por la aceptación universal de su superioridad. Así ocurre con las normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*)”). Véase, además, el informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (nota 702 *supra*).

<sup>728</sup> Véanse fundamentos doctrinales de la superioridad jerárquica de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) en A. Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford, 2006, pág. 8; G. M. Danilenko, “International *jus cogens*: issues of law-making”, *European Journal of International Law*, vol. 2, núm. 1 (1991), págs. 42 a 65, en especial pág. 42; y W. Conklin, “The peremptory norms of the international community”, *ibid.*, vol. 23, núm. 3, págs. 837 a 861, en especial pág. 838 (donde se afirma que la posibilidad misma de una norma imperativa vuelve a indicar la existencia de una jerarquía de las normas de derecho internacional en la que las normas imperativas son “las normas fundamentales de la comunidad internacional” de la cúspide). Véanse también M. M. Whiteman, “*Jus cogens* in international law, with a projected list”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 7, núm. 2 (1977), págs. 609 a 626, en especial pág. 609; y M. W. Janis, “The nature of *jus cogens*”, *Connecticut Journal of International Law*, vol. 3, núm. 2 (primavera de 1988), págs. 359 a 363, en especial pág. 359. Tomuschat, por ejemplo, la describe como una certeza de que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) son superiores a otras normas. Véase C. Tomuschat, “Reconceptualizing the debate on *jus cogens* and obligations *erga omnes*: concluding observations”, en C. Tomuschat y J.-M. Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, pág. 425 (donde se afirma que, sin embargo, lo cierto es que la comunidad internacional acepta hoy en día que existe una clase de preceptos jurídicos que es jerárquicamente superior a las normas de derecho internacional “ordinarias”). Véase también Cassese (nota 701 *supra*), at p. 159. Véase una opinión contraria en Kolb (nota 711 *supra*), pág. 37, donde se sugiere que se debería evitar hablar de jerarquía para centrar la atención en la nulidad, ya que el primer concepto —el de la jerarquía— suscita confusión y malentendidos.

<sup>729</sup> *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (véase la nota 703 *supra*), pág. 23. La Corte Internacional de Justicia ha reiterado esta afirmación en fallos recientes. Véanse, por ejemplo, los fallos mencionados en la nota 699 *supra*.

<sup>730</sup> Véase, por ejemplo, *Prosecutor v. Furundžija* (nota 699 *supra*), pág. 571, párr. 156. Véase también *Prosecutor v. Jelisčić* (nota 699 *supra*), págs. 399 y 431 a 433, párr. 60.

<sup>731</sup> *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A, núm. 18, párrs. 4 y 5.

Interamericana de Derechos Humanos determinó que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) “obligan a la comunidad internacional como un todo, independientemente de la protesta, el reconocimiento o la aquiescencia”<sup>732</sup>.

14) El carácter universal de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) se refleja también en las decisiones de cortes y tribunales nacionales. En *Tel-Oren et al. v. Libyan Arab Republic et al.*, el Tribunal de Apelaciones del Distrito de Colombia de los Estados Unidos calificó las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) de normas universales y obligatorias<sup>733</sup>. En *Nada gegen Staatssekretariat für Wirtschaft, Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement*, el Tribunal Supremo Federal de Suiza describió las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) como aquellas que eran vinculantes para todos los sujetos de derecho internacional<sup>734</sup>. La tesis de que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) tienen carácter universal también se refleja en la doctrina<sup>735</sup>.

15) La característica de la aplicabilidad universal de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) tiene, en sí, dos consecuencias. En primer lugar, la doctrina de la regla del objeto persistente no es aplicable a las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Este aspecto se aborda en mayor detalle en el proyecto de conclusión 14. Como se describe en el párrafo 7) del comentario al proyecto de conclusión 1, una segunda consecuencia de la aplicación universal de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) es que esas normas no son de aplicación a nivel regional o bilateral<sup>736</sup>.

16) Las características que figuran en el proyecto de conclusión 3 no son en sí mismas criterios para la identificación de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Esos criterios figuran en la segunda parte del proyecto de conclusiones. Aunque no son criterios en sí mismas, la existencia de las características que figuran en el proyecto de conclusión 3 puede servir de indicación del carácter imperativo de una norma concreta de derecho internacional general. En otras palabras, indica que una norma refleja y protege los valores fundamentales de la comunidad internacional de Estados en su conjunto, es jerárquicamente superior a otras normas de derecho internacional y es universalmente aplicable, y puede servir para apoyar o confirmar el carácter imperativo de

<sup>732</sup> *Michael Domingues Vs. Estados Unidos* (véase la nota 706 *supra*), párr. 49.

<sup>733</sup> *Tel-Oren, et al. v. Libyan Arab Republic, et al.*, sentencia de 3 de febrero de 1984, 726 F.2d 774 (D.C. Cir. 1984), 233 U.S.App. D.C. 384. Véase también *Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, sentencia de 26 de noviembre de 1996, 101 F.3d 239 (2nd. Cir. 1996), pág. 242, donde el Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos afirma que las normas imperativas no dependen del consentimiento de cada Estado, sino que son universalmente vinculantes por su propia naturaleza.

<sup>734</sup> *Youssef Nada gegen Staatssekretariat für Wirtschaft* (véase la nota 698 *supra*), párr. 7.

<sup>735</sup> Véanse, por ejemplo, Conklin (nota 728 *supra*); C. Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, Amsterdam, North-Holland Publishing Company, 1976, pág. 78; G. Gaja, “*Jus cogens* beyond the Vienna Convention”, en *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 172 (1981), págs. 271 a 289, en especial pág. 283; G. M. Danilenko, *Law-Making in the International Community*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pág. 211; Alexidze (nota 700 *supra*); P.-M. Dupuy e Y. Kerbat, *Droit international public*, 11ª ed., París, Précis Dalloz, 2012, pág. 322 (donde se afirma que la cohesión de este conjunto normativo exige el reconocimiento por todos sus sujetos de un mínimo de normas imperativas); A. Rohr, *La responsabilidad internacional del Estado por violación al jus cogens*, Buenos Aires, SGN Editora, 2015, pág. 6; D. Dubois, “The authority of peremptory norms in international law: State consent or natural law?”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 78 (2009), págs. 133 a 175, en especial pág. 135 (donde se afirma que una norma de *ius cogens* o imperativa es aplicable a todos los Estados independientemente de su consentimiento al respecto); y M. Saul, “Identifying *jus cogens* norms: the interaction of scholars and international judges”, *Asian Journal of International Law*, vol. 5 (2014), págs. 26 a 54, en especial pág. 31 (donde se afirma que se supone que las normas de *ius cogens* son vinculantes para todos los Estados).

<sup>736</sup> Los Estados fueron prácticamente unánimes a este respecto: véanse, por ejemplo, los Estados Unidos (A/C.6/73/SR.29, párr. 34); Finlandia (en nombre de los países nórdicos) (A/C.6/73/SR.24, párr. 126); Grecia (A/C.6/73/SR.27, párr. 9); Malasia (*ibid.*, párr. 104); Portugal (A/C.6/73/SR.26, párr. 96); el Reino Unido (A/C.6/73/SR.22, párr. 84); Sudáfrica (A/C.6/73/SR.27, párr. 46); y Tailandia (A/C.6/73/SR.26, párr. 96).



la norma. En la Comisión se expresó la opinión de que la diferencia entre “criterios” y “características” no estaba clara, como tampoco lo estaba la tesis de que esas “características” proporcionaban pruebas suplementarias.

## **Segunda parte**

### **Identificación de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)**

#### **Conclusión 4**

#### **Criterios para la identificación de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)**

Para identificar una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), es necesario establecer que la norma en cuestión cumple los siguientes criterios:

- a) es una norma de derecho internacional general; y
- b) 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 carácter.

#### **Comentario**

1) El proyecto de conclusión 4 establece los criterios para la identificación de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Los criterios se derivan de la definición de las normas imperativas que figura en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, que se reproduce en el proyecto de conclusión 2. Hay que demostrar que se cumplen esos criterios para establecer que una norma tiene carácter imperativo.

2) El encabezado del proyecto de conclusión establece que “[p]ara identificar una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), es necesario establecer que la norma en cuestión cumple los siguientes criterios”. La expresión “es necesario establecer” indica que se debe demostrar que los criterios se cumplen y no se debe presumir su existencia. Por lo tanto, no basta con señalar la importancia o la función de una norma para demostrar el carácter imperativo de esa norma, sino que, “es necesario establecer” la existencia de los criterios enumerados en el proyecto de conclusión.

3) Sobre la base de la definición que figura en el proyecto de conclusión 2, el proyecto de conclusión 4 establece dos criterios. En primer lugar, la norma en cuestión ha de ser una norma de derecho internacional general. Este criterio se deriva de la expresión “norma de derecho internacional general” de la definición de las normas imperativas (*ius cogens*) y se aborda en el proyecto de conclusión 5. En segundo lugar, la norma ha de ser 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 que tenga el mismo carácter. Cabe señalar que este segundo criterio, que consta de varios elementos, constituye un único criterio compuesto, que se aborda en los proyectos de conclusión 6 a 9. Los dos criterios son acumulativos: ambos son condiciones necesarias para el establecimiento del carácter imperativo de una norma de derecho internacional general.

4) El texto del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 es complejo y ha dado lugar a diferentes interpretaciones. Por ejemplo, la expresión “y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter” podría considerarse un criterio aparte<sup>737</sup>. No obstante, el elemento central del segundo criterio es *la aceptación y el reconocimiento* por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, no solo de que la norma no admite acuerdo en contrario, sino

<sup>737</sup> No obstante, véase Knuchel (nota 700 *supra*), págs. 49 a 136. Véase también la declaración de la República Islámica del Irán (A/C.6/71/SR.26, párr. 118), en la que señala que los dos criterios establecidos son, en primer lugar, una norma reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y, en segundo lugar, una norma que solo puede ser modificada por una norma ulterior de *ius cogens*.



también de que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. Por lo tanto, los elementos de no admisión de acuerdo en contrario y modificación no son criterios en sí mismos, sino que forman parte integrante del criterio de “la aceptación y el reconocimiento”. Esa es la razón de que el segundo criterio, aunque conste de varios elementos, constituya un único criterio.

5) Por otra parte, se ha señalado que la expresión “aceptada y reconocida” se refiere al “derecho internacional general” en lugar de a las cláusulas de no admisión de acuerdo en contrario y modificación. Desde esta perspectiva, el artículo 53 establecería tres criterios para demostrar que una norma tiene carácter imperativo: a) la norma ha de ser una norma de derecho internacional general aceptada y reconocida (como norma de derecho internacional general) por la comunidad internacional de Estados en su conjunto; b) ha de ser una norma que no admite acuerdo en contrario; y c) ha de ser una norma que solo puede ser modificada por una norma imperativa ulterior de derecho internacional general (*ius cogens*). No obstante, esta interpretación plantea al menos dos problemas. En primer lugar, haría que el primer criterio resultara tautológico, ya que, para empezar, el “derecho internacional general” debe ser generalmente aceptado y/o reconocido por la comunidad internacional. En segundo lugar, así planteados, los criterios segundo y tercero no serían criterios, sino más bien una consecuencia del carácter imperativo y una descripción de la forma en que se pueden modificar las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), respectivamente.

6) Sobre la base de lo que antecede, los dos criterios acumulativos del proyecto de conclusión 4 implican un enfoque en dos etapas para la identificación de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). En primer lugar, es preciso probar que la norma en cuestión es una norma de derecho internacional general. En segundo lugar, ha de demostrarse que la comunidad internacional de Estados en su conjunto acepta y reconoce que la norma tiene carácter imperativo. Este enfoque de dos etapas fue bien descrito por la Comisión en los comentarios al proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos:

Los criterios para identificar las normas imperativas de derecho internacional general son exigentes. El artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 no solo requiere que la norma reúna todos los criterios necesarios para ser reconocida como norma de derecho internacional general, vinculante como tal, sino *también* que haya sido reconocida como de carácter imperativo por la comunidad internacional de Estados en su conjunto<sup>738</sup>.

### **Conclusión 5**

#### **Bases de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)**

1. El derecho internacional consuetudinario es la base más común de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

2. Las disposiciones de los tratados y los principios generales del derecho también pueden servir de base de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

<sup>738</sup> Párrafo 5) del comentario al artículo 26 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 90 (sin cursiva en el original). Véase también Rivier, *Droit international public*, 2ª ed., París, Presses universitaires de France, 2013, pág. 566 (donde se afirma que solo una disposición ya formalizada en derecho positivo y universalmente aceptada como norma jurídica puede alcanzar el rango de norma imperativa). Véase también U. Linderfalk, “The creation of *jus cogens* – making sense of article 53 of the Vienna Convention”, *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 71 (2011), págs. 359 a 378, en especial pág. 371 (que afirma que, por “la creación de una norma de *ius cogens*” se refiere no a la creación de una norma jurídica, sino a la elevación de una norma jurídica al rango de *ius cogens*).

## Comentario

1) El proyecto de conclusión 5 se refiere a las bases de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Aborda el primer criterio especificado en el proyecto de conclusión 4 para identificar las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), a saber, que la norma en cuestión debe ser una norma de “derecho internacional general”. El proyecto de conclusión consta de dos partes. El primer párrafo trata del derecho internacional consuetudinario como base de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), mientras que el segundo se ocupa de las disposiciones de los tratados y los principios generales del derecho como posibles bases de esas normas.

2) El Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional establecido por la Comisión observó que “no existe una definición aceptada de ‘derecho internacional general’”<sup>739</sup>. El sentido del derecho internacional general siempre vendrá determinado por el contexto<sup>740</sup>. En algunos contextos, el “derecho internacional general” podría interpretarse en contraposición a la *lex specialis*<sup>741</sup>. En el contexto de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), no obstante, la expresión “derecho internacional general” no es una referencia a la *lex generalis* o al derecho distinto de la *lex specialis*. Más bien, en el contexto de las normas imperativas, la palabra “general” de la expresión “normas de derecho internacional general” se refiere al ámbito de aplicación de la norma en cuestión. Las normas de derecho internacional general son, por lo tanto, aquellas normas de derecho internacional que, en palabras de la Corte Internacional de Justicia, “deben aplicarse en condiciones iguales a todos los miembros de la comunidad internacional”<sup>742</sup>.

3) La palabra “base” utilizada en los dos párrafos del proyecto de conclusión 5 debe entenderse de manera flexible y amplia. Pretende captar las diversas formas en que las distintas fuentes del derecho internacional pueden dar lugar a la aparición de una norma imperativa de derecho internacional general.

4) En el primer párrafo del proyecto de conclusión 5 se afirma que el derecho internacional consuetudinario, que se refiere a una práctica general aceptada como derecho (*opinio iuris*), es la base más común de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Esto se debe a que el derecho internacional consuetudinario es la manifestación más obvia del derecho internacional general<sup>743</sup>. Esta tesis se fundamenta en

<sup>739</sup> Informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional (A/CN.4/L.702, párr. 14 10), nota 11.

<sup>740</sup> *Ibid.* Véase también la nota 667 al párrafo 2) del comentario al proyecto de conclusión 1 del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 70º período de sesiones (A/73/10)* (“el ‘derecho internacional general’ se utiliza de diversas formas (que no siempre se especifican claramente), entre otras para referirse a las normas de derecho internacional de aplicación general, ya se trate de derecho de los tratados, derecho internacional consuetudinario o principios generales del derecho”).

<sup>741</sup> Véase, por ejemplo, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, fondo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 14 y ss., en especial págs. 137 y 138, párr. 274. Véase también *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1997*, págs. 7 y ss., en especial pág. 76, párr. 132.

<sup>742</sup> *North Sea Continental Shelf*, fallo, *I.C.J. Reports 1969*, págs. 3 y ss., en especial págs. 38 y 39, párr. 63.

<sup>743</sup> Véase Cassese (nota 701 *supra*), pág. 164 (donde se afirma que, la segunda cuestión equivale a preguntar acerca de los medios por los que una corte o tribunal internacional debe determinar si una norma o principio general de derecho internacional ha adquirido la condición de norma imperativa, lo que lógicamente presupone la existencia de dicha norma o principio *consuetudinario*); G. Cahin, *La coutume internationale et les organisations internationales: l'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier*, París, Pédone, 2001, pág. 615, quien afirma que el derecho internacional consuetudinario es el medio habitual, cuando no exclusivo, de formación de las normas de *ius cogens*. Véase también Rivier (nota 738 *supra*), pág. 566 (donde se afirma que el derecho internacional consuetudinario es, pues, una fuente primaria de las normas que constituirán la base del derecho imperativo). Véanse, además, J. E. Christófolo, *Solving Antinomies between Peremptory Norms in Public International Law*, Zúrich, Schulthess, 2016, pág. 115 (donde se afirma

la práctica de los Estados, que confirma que el derecho internacional consuetudinario es la base más común de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)<sup>744</sup>. La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, por ejemplo, ha reconocido que las normas imperativas relativas a los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad emanan de normas de derecho internacional consuetudinario ya en vigor<sup>745</sup>. Del mismo modo, el Tribunal Constitucional del Perú ha declarado que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) se refieren a “normas internacionales consuetudinarias [...] bajo el auspicio de una *opinio iuris seu necessitatis*”<sup>746</sup>. En la causa *Bayan Muna v. Alberto Romulo*, el Tribunal Supremo de Filipinas situó al *ius cogens* en el rango jerárquico más alto con respecto a todas las demás normas y principios consuetudinarios<sup>747</sup>. Asimismo, en la causa *The Kenya Section of the International Commission of Jurists v. The Attorney-General and Others*, el Tribunal Superior de Kenya determinó que el deber de enjuiciar los crímenes internacionales era tanto una norma de derecho internacional consuetudinario como una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)<sup>748</sup>. En la causa *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, el Tribunal Supremo del Canadá describió las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) como una forma superior de derecho internacional consuetudinario<sup>749</sup>. En la causa *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos definió las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) como un subconjunto de élite de las normas reconocidas como normas de derecho internacional consuetudinario<sup>750</sup>. Ese Tribunal también observó que, a diferencia de las normas ordinarias de derecho internacional consuetudinario, el *ius cogens* comprendía las normas consuetudinarias que se consideraban vinculantes para todas las naciones<sup>751</sup>. En la causa *Buell v. Mitchell*, el Tribunal de Apelaciones del Sexto Circuito de

que, como fuente más probable del derecho internacional general, las normas consuetudinarias constituirían *ipso facto e ipso iure* una fuente privilegiada de las normas de *ius cogens*; y A. Bianchi, “Human rights and the magic of *jus cogens*”, *European Journal of International Law*, vol. 19 (2008), págs. 491 y ss., en especial pág. 493 (donde se afirma que la posibilidad de que los tratados sean fuente de *ius cogens* contradice fuertemente la opinión de que las normas imperativas únicamente pueden dimanar del derecho consuetudinario). Véase una opinión contraria en Janis (nota 728 *supra*), pág. 361.

<sup>744</sup> Véanse, en declaraciones de Estados, la declaración del Pakistán en el trigésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General (A/C.6/34/SR.22, párr. 8) (“El principio de prohibición del uso de la fuerza, y su corolario, tienen carácter de *ius cogens* no solo en virtud del Artículo 103 de la Carta [de las Naciones Unidas], sino también porque se han convertido en normas de derecho internacional consuetudinario reconocidas por la comunidad internacional”). Véanse también las declaraciones del Reino Unido (A/C.6/34/SR.61, párr. 46) y Jamaica (A/C.6/42/SR.29, párr. 3) (“El derecho de los pueblos a la libre determinación y la independencia es un derecho consagrado en el derecho internacional consuetudinario, y tal vez incluso una norma [imperativa] de derecho internacional general”).

<sup>745</sup> *Arancibia Clavel* (véase la nota 710 *supra*), párr. 28.

<sup>746</sup> *25 % del número legal de Congresistas* (véase la nota 709 *supra*), párr. 53 (“Las normas de *ius cogens* parecen pues encontrarse referidas a normas internacionales consuetudinarias que bajo el auspicio de una *opinio iuris seu necessitatis*”).

<sup>747</sup> *Bayan Muna v. Alberto Romulo* (véase nota 723 *supra*), párr. 92.

<sup>748</sup> *The Kenya Section of the International Commission of Jurists v. the Attorney-General and Others*, solicitud de diversos autos 685 de 2010, sentencia de 28 de noviembre de 2011, Tribunal Superior de Kenya, [2011] eKLR, pág. 14.

<sup>749</sup> *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, archivo núm. 35034, decisión en apelación de 10 de octubre de 2014, Tribunal Supremo del Canadá, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176, pág. 249, párr. 151. *Germany v. Milde (Max Josef)*, causa núm. 1072/2009, fallo en apelación de 13 de enero de 2009, Sala Primera de lo Penal, Corte Suprema de Casación, Italia, ILDC 1224 (IT 2009), párr. 6 (donde se afirma que las normas consuetudinarias que protegen derechos humanos inviolables no admiten acuerdo en contrario porque pertenecen al derecho internacional imperativo o *ius cogens*).

<sup>750</sup> *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* (véase la nota 708 *supra*), pág. 715, donde se cita *Committee of United States Citizens Living in Nicaragua v. Reagan* (véase la nota 698 *supra*), pág. 940.

<sup>751</sup> *Ibid.* Este contraste entre las normas “ordinarias” de derecho internacional consuetudinario y el *ius cogens* (que sugiere que las normas de *ius cogens* constituyen normas extraordinarias de derecho internacional consuetudinario) se basa a menudo en la decisión del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en la causa *Prosecutor v. Furundžija* (véase la nota 699 *supra*), pág. 569, párr. 153,

los Estados Unidos señaló que algunas normas consuetudinarias de derecho internacional alcanzaban un “rango superior”, a saber, el de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)<sup>752</sup>. Al determinar que la prohibición de la pena de muerte no era una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), el Tribunal hizo la siguiente observación:

Además, dado que la abolición de la pena de muerte no es una norma consuetudinaria de derecho internacional, no puede haber alcanzado el nivel de que la comunidad internacional en su conjunto la reconozca como *ius cogens* o como norma que no admite acuerdo en contrario<sup>753</sup>.

5) La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia también proporciona sólidas pruebas del derecho internacional consuetudinario como base de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). En la causa relativa a las *Cuestiones sobre la obligación de procesar o extraditar*, la Corte reconoció que la prohibición de la tortura “formaba parte del derecho internacional consuetudinario” y que “se había convertido en una norma imperativa (*ius cogens*)”<sup>754</sup>. Del mismo modo, la afirmación de la Corte de que “muchas de las normas del derecho humanitario” constituyen “principios del derecho internacional consuetudinario que no se pueden transgredir” indica que las normas imperativas —que se califican de “principios que no se pueden transgredir”— tienen una base consuetudinaria<sup>755</sup>.

6) Otras cortes y tribunales internacionales también han aceptado el derecho internacional consuetudinario como base de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)<sup>756</sup>. El Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, por ejemplo, ha señalado que la prohibición de la tortura es “una norma de derecho internacional consuetudinario” y que “constituye además una norma de *ius cogens*”<sup>757</sup>. En la causa *Fiscalía c. Furundžija*, ese Tribunal describió las normas imperativas como normas que “en la jerarquía del derecho internacional están por encima del derecho de los tratados e incluso de las normas consuetudinarias ‘ordinarias’”<sup>758</sup>. Del mismo modo, en la causa *Fiscalía c. Jelisić*, el Tribunal declaró que “no puede haber absolutamente ninguna duda” de que la prohibición del genocidio enunciada en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio es “parte del derecho internacional consuetudinario” y se inscribe ahora “en la categoría de *ius cogens*”<sup>759</sup>.

7) Si bien el derecho internacional consuetudinario es la base más común de la aparición de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), otras fuentes, enumeradas en el Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, también pueden constituir la base de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) en la medida en que puedan considerarse normas de derecho internacional general. El segundo párrafo del proyecto de conclusión 5 recoge esta idea al afirmar que “[l]as disposiciones de los tratados y los principios generales del derecho también pueden servir de base de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)”. Las palabras “también pueden” tienen por objeto indicar que no es imposible que las disposiciones de los tratados y los principios generales del derecho constituyan la base de las normas imperativas de derecho internacional general.

---

donde se establece una distinción similar. Esa distinción se ha mencionado con aprobación en varias decisiones, entre ellas decisiones de tribunales del Reino Unido. Véase, por ejemplo, *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others: Ex Parte Pinochet Ugarte (No. 3)* (nota 723 *supra*), pág. 198. Véase también *R (on the application of Al Rawi and Others) (ibid.)*.

<sup>752</sup> *Buell v. Mitchell*, 274 F.3d 337 (6th Cir. 2001), págs. 372 y 373.

<sup>753</sup> *Ibid.*, pág. 373.

<sup>754</sup> *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.

<sup>755</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (véase la nota 699 *supra*), pág. 257, párr. 79.

<sup>756</sup> Véase, por ejemplo, *Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*, sentencia de 24 de noviembre de 2009, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 211, pág. 43, párr. 140.

<sup>757</sup> *Prosecutor v. Delalić*, et al., causa núm. IT-96-21-T, fallo de 16 de noviembre de 1998, Sala de Primera Instancia, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 454.

<sup>758</sup> *Prosecutor v. Furundžija* (véase la nota 699 *supra*), pág. 569, párr. 153.

<sup>759</sup> *Prosecutor v. Jelisić* (véase la nota 699 *supra*), págs. 431 a 433, párr. 60.

8) La expresión “principios generales del derecho” en el segundo párrafo del proyecto de conclusión 5 se refiere a los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Es procedente señalar la posibilidad de que los principios generales del derecho constituyan la base de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)<sup>760</sup>. Los principios generales del derecho forman parte del derecho internacional general, ya que tienen un ámbito de aplicación general en condiciones iguales a todos los miembros de la comunidad internacional<sup>761</sup>. En el contexto de la interpretación de los tratados con arreglo al artículo 31, párrafo 3 c), de la Convención de Viena de 1969, las conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional distinguen entre la aplicación del derecho de los tratados, por una parte, y del derecho internacional general, por otra<sup>762</sup>. Este último, según la Comisión, consiste en “el derecho internacional consuetudinario y los principios generales de derecho”<sup>763</sup>. Además, la doctrina apoya los principios generales del derecho como fuente de las normas imperativas de derecho internacional general<sup>764</sup>. No obstante, se expresó la opinión de que no había suficiente apoyo, ni en la posición de los Estados ni en la jurisprudencia internacional, para sustentar la tesis de que las normas

<sup>760</sup> Si bien hay escasa práctica en apoyo de los principios generales del derecho como base de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), cabe tener en cuenta las siguientes causas, entre otras: *Prosecutor v. Jelisić* (nota 699 *supra*), págs. 431 a 433, párr. 60, donde el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, tras aceptar que la prohibición del genocidio era una norma de *ius cogens*, afirmó que los principios en los que se basaba dicha prohibición eran “principios reconocidos por las naciones civilizadas”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que el derecho a la igualdad era una norma imperativa de derecho internacional general en razón de su condición de principio general del derecho en su opinión consultiva relativa a la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* (véase la nota 731 *supra*), pág. 117, párr. 101: “En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación pertenece al *ius cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”. Véase también la declaración de la República Islámica del Irán (A/C.6/71/SR.26, párr. 120): “Los principios generales del derecho a los que remite el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia son el mejor fundamento normativo de las normas de *ius cogens*”.

<sup>761</sup> Véase *North Sea Continental Shelf* (nota 742 *supra*), págs. 38 y 39, párr. 63, donde la Corte describió el derecho internacional general como normas que, “por su naturaleza misma, deben aplicarse en condiciones iguales a todos los miembros de la comunidad internacional”.

<sup>762</sup> Conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (véase la nota 727 *supra*), párrs. 20 y 21.

<sup>763</sup> *Ibid.*

<sup>764</sup> Véanse, por ejemplo, Knuchel (nota 700 *supra*), pág. 52 (quien afirma que los principios generales del derecho pueden elevarse al rango de *ius cogens* si la comunidad internacional de Estados en su conjunto los acepta y reconoce como tales); Shelton, “Sherlock Holmes and the mystery of *ius cogens*” (nota 714 *supra*), págs. 30 a 34; A. A. Cançado Trindade, “*Jus cogens*: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law”, en Organización de Estados Americanos, Comité Jurídico Interamericano, *XXXV Curso de Derecho Internacional*, 2008, pág. 27. Véanse también Weatherall (nota 701 *supra*), pág. 133; T. Kleinlein, “*Jus cogens* as the ‘highest law’? Peremptory norms and legal hierarchies”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46 (2016), págs. 173 y ss., en especial pág. 195 (donde se afirma que una norma imperativa debe pasar primero a ser una norma de derecho internacional general, esto es, derecho internacional consuetudinario o principios generales del derecho con arreglo al Artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). Véanse, además, Conklin (nota 728 *supra*), pág. 840; O. M. Dajani, “Contractualism in the law of treaties”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 34 (2012), págs. 1 y ss., pág. 60; R. Nieto-Navia, “International peremptory norms (*ius cogens*) and international humanitarian law”, en L. Chand Vorah *et al.* (eds.), *Man’s Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, La Haya, 2003, págs. 595 y ss., en especial págs. 613 y ss. (donde se indica que cabe afirmar en términos generales que las normas de *ius cogens* pueden emanar generalmente de las siguientes fuentes de derecho internacional: i) tratados generales y ii) principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas); Orakhelashvili (nota 728 *supra*), pág. 126; y Santalla Vargas (nota 701 *supra*), pág. 214 (quien afirma que el *ius cogens* se deriva del derecho consuetudinario y de los principios generales del derecho internacional).

imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) pudieran basarse en principios generales del derecho.

9) Los tratados son una fuente importante del derecho internacional, como establece el Artículo 38, párrafo 1 a), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. En el segundo párrafo del proyecto de conclusión 5 también se señalan las disposiciones de los tratados como posible base de las normas imperativas de derecho internacional general. Se utiliza la expresión “disposiciones de los tratados” en lugar de “tratados” para indicar que se hace referencia a una o varias normas contenidas en el tratado, y no al propio tratado. Los tratados, en la mayoría de los casos, no son “derecho internacional general”, ya que no suelen tener un ámbito de aplicación general “en condiciones iguales a todos los miembros de la comunidad internacional”<sup>765</sup>. No obstante, hay apoyo en la doctrina a la tesis de que las disposiciones de los tratados pueden servir de base de las normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*)<sup>766</sup>. Si bien se reconoce el carácter especial de la Carta de las Naciones Unidas, cabe señalar que, en el comentario al proyecto de artículo 50 del proyecto de artículos de 1966 sobre el derecho de los tratados, la Comisión afirmó que “las normas de la Carta [de las Naciones Unidas] por las que se prohíbe el uso de la fuerza” constituían un “ejemplo patente de normas de derecho internacional que tienen carácter de *ius cogens*”<sup>767</sup>. Puede considerarse que la función de los tratados como base excepcional de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) es una consecuencia de la relación entre las normas de los tratados y el derecho internacional consuetudinario descrita por la Corte Internacional de Justicia en las causas relativas a la *Plataforma continental del Mar del Norte*<sup>768</sup>. En esas causas, la Corte observó que una norma de un tratado puede codificar (o ser declaratoria de) una norma de derecho internacional general

<sup>765</sup> *North Sea Continental Shelf* (véase la nota 742 *supra*), págs. 38 y 39, párr. 63 (“en general, es característico de una norma o una obligación puramente convencional que se admita la facultad de formular reservas unilaterales con respecto a dicha norma dentro de ciertos límites; pero no se puede decir lo mismo en el caso de las normas y obligaciones de derecho internacional general o consuetudinario que, por su naturaleza misma, deben aplicarse en condiciones iguales a todos los miembros de la comunidad internacional”). Véase también Bianchi (nota 743 *supra*), pág. 493 (quien afirma que la posibilidad de que los tratados sean fuente de *ius cogens* contradice fuertemente la opinión de que las normas imperativas únicamente pueden dimanar del derecho consuetudinario).

<sup>766</sup> G. I. Tunkin, “Is general international law customary law only?”, *European Journal of International Law*, vol. 4 (1993), págs. 534 y ss., en especial pág. 541 (quien cree que los expertos en derecho internacional deberían aceptar que el derecho internacional general comprende ahora normas de derecho internacional tanto consuetudinarias como convencionales). Véase, específicamente en el contexto del *ius cogens*, G. I. Tunkin, “*Jus cogens* in contemporary international law”, *The University of Toledo Law Review*, vol. 1971, núms. 1 y 2 (otoño e invierno de 1971), págs. 107 y ss., en especial pág. 116 (donde se afirma que los principios de *ius cogens* son “normas que han sido aceptadas ya sea expresamente por un tratado o tácitamente por la costumbre”, y que muchas normas de derecho internacional general son creadas a la vez por los tratados y por la costumbre). Véase también Knuchel (nota 700 *supra*), pág. 50 (quien afirma que el derecho internacional contemporáneo comprende, en palabras de la Corte Internacional de Justicia, “instrumentos de carácter universal o cuasiuniversal”, y que nada impide que futuras convenciones creen normas universalmente vinculantes que podrían elevarse al rango de *ius cogens*). Véase también Nieto-Navia (nota 764 *supra*), pág. 613 (quien señala que puede afirmarse en términos generales que las normas de *ius cogens* pueden emanar generalmente de las siguientes fuentes de derecho internacional: i) tratados generales y ii) principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas). Véanse, no obstante, Weatherall (nota 701 *supra*), págs. 125 y 126; Hannikainen (nota 700 *supra*), pág. 92; E. J. Criddle y E. Fox-Decent, “A fiduciary theory of *jus cogens*”, *Yale Journal of International Law*, vol. 34 (2009), pág. 331. Véanse, además, Orakhelashvili (nota 728 *supra*), pág. 113 (quien afirma que la tendencia de los académicos a hacer hincapié en la costumbre parece surgir del reconocimiento general de que los tratados son inadecuados para crear normas imperativas); y U. Linderfalk, “The effect of *jus cogens* norms: whoever opened Pandora’s Box, did you ever think about the consequences?”, *European Journal of International Law*, vol. 18 (2007), págs. 853 y ss., en especial pág. 860.

<sup>767</sup> Párrafo 1) del comentario al artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados (véase la nota 696 *supra*), pág. 271.

<sup>768</sup> *North Sea Continental Shelf* (véase la nota 742 *supra*). Véase también el proyecto de conclusión 11 del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario.

existente<sup>769</sup>, o que la conclusión de una norma de un tratado puede ayudar a cristalizar una norma emergente de derecho internacional general<sup>770</sup>, o que una norma de un tratado puede, después de ser aprobada, llegar a reflejar una norma general sobre la base de la práctica ulterior<sup>771</sup>. Este enfoque general también puede apreciarse en las sentencias de otras cortes y tribunales internacionales<sup>772</sup>.

10) La expresión “aceptada y reconocida” reviste especial pertinencia para las fuentes que pueden servir de base de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). La fórmula “aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto” fue aprobada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados a partir de una propuesta conjunta de España, Finlandia y Grecia en relación con lo que pasaría a ser más adelante el artículo 53 (“reconocida por la comunidad internacional”)<sup>773</sup>, en la que el Comité de Redacción de la Conferencia insertó la palabra “aceptada”. Como explicó el Presidente del Comité de Redacción, se hizo porque en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia figuran las palabras “reconocida” y “aceptada”: “reconocida” en relación con las convenciones y tratados y los principios generales del derecho, y “aceptada” en relación con el derecho internacional consuetudinario<sup>774</sup>.

### Conclusión 6 Aceptación y reconocimiento

1. El requisito de “la aceptación y el reconocimiento” como criterio para identificar una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) es distinto de la aceptación y el reconocimiento como norma de derecho internacional general.

2. Para identificar una norma como norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), ha de haber pruebas de que esta es aceptada y reconocida 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 carácter.

### Comentario

1) El segundo criterio para la identificación de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) es que la norma en cuestión ha de ser 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 que tenga el mismo carácter. Como se indica en el párrafo 4) del comentario al proyecto de conclusión 4, se

<sup>769</sup> *North Sea Continental Shelf* (véase la nota 742 *supra*), pág. 38, párr. 61.

<sup>770</sup> *Ibid.*, págs. 38 a 41, párrs. 61 a 69.

<sup>771</sup> *Ibid.*, págs. 41 a 43, párrs. 70 a 74. Véase también *Margellos and Others v. Federal Republic of Germany*, causa núm. 6/2002, recurso de casación, sentencia de 17 de septiembre de 2002, Tribunal Supremo Especial de Grecia, párr. 14 (donde se afirma que las disposiciones contenidas en el Reglamento de La Haya que figura como anexo de la Cuarta Convención de La Haya de 1907 se han convertido en normas consuetudinarias de derecho internacional (*ius cogens*)).

<sup>772</sup> Véanse, por ejemplo, *Prosecutor v. Tolimir*, causa núm. IT-05-88/2-T, fallo de 12 de diciembre de 2012, Sala de Primera Instancia II, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 733 (“Está ampliamente aceptado que estas disposiciones de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio son normas de derecho internacional consuetudinario que han alcanzado el rango de *ius cogens*”); y *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (véase la nota 754 *supra*). Véase también la declaración del Sr. Ago en la 828ª sesión de la Comisión en 1966, *Anuario...*, 1966, vol. I (primera parte), pág. 39, párr. 15 (“Incluso si la norma de *ius cogens* proviene de un tratado, no es este el que le da su carácter; es que aun cuando se derive del tratado [...] es ya una norma de derecho internacional general”).

<sup>773</sup> *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, períodos de sesiones primero y segundo, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968 y 9 de abril a 22 de mayo de 1969, vol. III, Documentos de la Conferencia*, pág. 187, documento A/CONF.39/C.1/L.306 y Add.1 and 2.

<sup>774</sup> *Ibid.*, primer período de sesiones, *Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria*, acta resumida de la 80ª sesión de la Comisión Plenaria, pág. 519, párr. 4.



trata de un criterio único que consta de diferentes elementos. Un elemento indica que, para que una norma de derecho internacional general sea imperativa, la comunidad internacional de Estados en su conjunto debe aceptar y reconocer el carácter imperativo de esa norma. Así pues, este criterio se centra en “la aceptación y el reconocimiento”. Los otros elementos del criterio indican dos aspectos de ese reconocimiento y aceptación. En primer lugar, indican lo que debe aceptarse y reconocerse, a saber, que se trata de una norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma que tenga el mismo carácter. En segundo lugar, indican quién debe proceder a la aceptación y el reconocimiento, o sea, la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Este último aspecto se aborda en el proyecto de conclusión 7.

2) El primer párrafo del proyecto de conclusión 6 tiene por objeto aclarar que la aceptación y el reconocimiento a que se hace referencia en el proyecto de conclusión son distintos de la aceptación y el reconocimiento que requieren otras normas de derecho internacional. En otras palabras, “la aceptación y el reconocimiento” a que se refiere el proyecto de conclusión 6 no son lo mismo que, por ejemplo, la aceptación como derecho (*opinio iuris*), que es un elemento para la identificación del derecho internacional consuetudinario. La aceptación y el reconocimiento mencionados en el proyecto de conclusión 6 son algo cualitativamente diferente. La aceptación como derecho (*opinio iuris*) se refiere a la cuestión de si los Estados aceptan una práctica como norma jurídica y es un elemento constitutivo del derecho internacional consuetudinario. El reconocimiento como principio de derecho se refiere a la cuestión de si un principio ha sido reconocido en el sentido previsto en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. La aceptación y el reconocimiento, como criterio de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), se refieren a la cuestión de si la comunidad internacional de Estados en su conjunto reconoce que una norma de derecho internacional tiene carácter imperativo.

3) El segundo párrafo explica qué se entiende por la aceptación y el reconocimiento necesarios para elevar una norma de derecho internacional general al rango de norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Establece que la norma en cuestión debe ser aceptada y reconocida como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior que tenga el mismo carácter. Esto significa que, para demostrar que una norma es una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), es necesario aportar pruebas de que se acepta y reconoce que tiene las características mencionadas, es decir, que es una norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior que tenga el mismo carácter. Aunque el proyecto de conclusión 6 requiere pruebas del reconocimiento y la aceptación de dos elementos, no es necesario aportar pruebas que demuestren primero el reconocimiento y, por separado, la aceptación. Basta con demostrar, en general, “la aceptación y el reconocimiento” del carácter imperativo de la norma de derecho internacional general.

4) Se utiliza la palabra “pruebas” para indicar que no es suficiente con afirmar que una norma es aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario. Es necesario justificar esa afirmación con pruebas. Las pruebas que se pueden aportar se abordan en los proyectos de conclusión 8 y 9.

5) Este marco de aceptación y reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto se basa en la interpretación generalmente aceptada del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969<sup>775</sup>.

<sup>775</sup> Véase *Committee of United States Citizens Living in Nicaragua* (nota 698 *supra*), pág. 940 (donde se afirma que, por último, para que una norma consuetudinaria de derecho internacional se convierta en norma imperativa, debe haber además un reconocimiento por “la comunidad internacional en su conjunto de que se trata de una norma que no admite acuerdo en contrario”); y *Michael Domingues Vs. Estados Unidos* (nota 706 *supra*), párr. 85 (“Además, en base a la información que tuvo ante sí, la Comisión ha comprobado que esta ha sido reconocida como una norma de carácter suficientemente inalienable como para constituir una norma de *ius cogens*, evolución prevista por la Comisión en su decisión en *Roach y Pinkerton*”). Véase también *Prosecutor v. Simić*, causa IT-95-9/2-S, fallo de



## Conclusión 7

### Comunidad internacional de Estados en su conjunto

1. La aceptación y el reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto constituyen el criterio pertinente para la identificación de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

2. Para la identificación de una norma como norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) se requieren la aceptación y el reconocimiento por una mayoría muy amplia de Estados; no se requieren la aceptación y el reconocimiento por todos los Estados.

3. Si bien las posiciones de otros actores pueden ser pertinentes para poner en contexto y evaluar la aceptación y el reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, estas posiciones no pueden, por sí mismas, formar parte de dicha aceptación y reconocimiento.

### Comentario

1) Como ya se indica en el proyecto de conclusión 6, el segundo criterio para determinar el carácter imperativo de una norma es que se debe aceptar y reconocer que esa norma tiene carácter imperativo. El proyecto de conclusión 7 se refiere a la cuestión de quién debe aceptar y reconocer ese carácter a fin de que dicha aceptación y reconocimiento sean pertinentes para la identificación de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Cabe recordar que la propia Comisión, al aprobar el proyecto de artículo 50 de su proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados de 1966, no incluyó el elemento del reconocimiento y la aceptación por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, limitándose a señalar que una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) es una norma “que no admite acuerdo en contrario”<sup>776</sup>. Más bien, ese elemento fue añadido por los Estados durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados de 1968-1969 que llevó a la aprobación de la Convención de Viena de 1969. No obstante, incluso durante las deliberaciones de la Comisión, varios de sus miembros pusieron de relieve el vínculo entre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) y la aceptación y el reconocimiento de la “comunidad internacional de Estados”<sup>777</sup>.

2) En el primer párrafo del proyecto de conclusión 7 se afirma que la aceptación y el reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto constituyen el criterio pertinente. En este párrafo se trata de dejar claro que lo pertinente es la posición de los Estados, y no la de otros actores. Aunque se ha pedido que se incluya a otros actores cuya aceptación y reconocimiento podrían ser pertinentes para el establecimiento de normas

17 de octubre de 2002, Sala de Primera Instancia, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 34. Véase un análisis en J. Vidmar, “Norm conflicts and hierarchy in international law: towards a vertical international legal system?”, en E. de Wet y J. Vidmar (eds.), *Hierarchy in International Law: the Place of Human Rights*, Oxford, 2011, pág. 26. Véanse también C. Costello y M. Foster, “Non-refoulement as custom and *jus cogens*? Putting the prohibition to the test”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 46 (2016), págs. 273 y ss., en especial pág. 281 (donde se afirma que, para que una norma sea de *ius cogens*, debe cumplir los requisitos normales del derecho internacional consuetudinario y además debe ser ampliamente considerada como norma que no admite acuerdo en contrario); y A. Hameed, “Unravelling the mystery of *jus cogens* in international law”, *British Yearbook of International Law*, vol. 84 (2014), págs. 52 y ss., en especial pág. 62. Véase también G. A. Christenson “*Jus cogens*: guarding interests fundamental to international society”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 28 (1987-1988), págs. 585 y ss., en especial pág. 593 (donde se afirma que las pruebas también tendrían que demostrar la necesaria *opinio iuris* de que la obligación es imperativa, poniendo de manifiesto la aceptación de que la norma tiene carácter preponderante).

<sup>776</sup> Véase el artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados (nota 696 *supra*), pág. 271.

<sup>777</sup> Véase la declaración del Sr. Luna, acta resumida de la 828ª sesión (nota 772 *supra*), párr. 34 (“[el *ius cogens*] es derecho positivo creado por los Estados, no como entes individuales, sino como órganos de la comunidad internacional”).

imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)<sup>778</sup>, en el estado actual del derecho internacional se sigue considerando que los Estados son entidades cuya aceptación y reconocimiento son pertinentes. En el contexto del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, la Comisión consideró la posibilidad de utilizar la expresión “comunidad internacional en su conjunto” sin las palabras “de Estados”<sup>779</sup>. No obstante, tras analizar la cuestión, la Comisión decidió que “en la situación actual del derecho internacional, incumbe a los Estados determinar o reconocer las normas imperativas”<sup>780</sup>.

3) La práctica de los Estados y las decisiones de las cortes y tribunales internacionales han seguido vinculando la elevación de las normas de derecho internacional general al rango de normas imperativas a la aceptación y el reconocimiento de los Estados. La Corte Penal Internacional, por ejemplo, ha afirmado que una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) requiere el reconocimiento de los Estados<sup>781</sup>. Asimismo, la Corte Internacional de Justicia, en la causa relativa a las *Cuestiones sobre la obligación de procesar o extraditar*, determinó el carácter imperativo de la prohibición de la tortura sobre la base de instrumentos elaborados por los Estados<sup>782</sup>. Las cortes y tribunales nacionales también han seguido vinculando el establecimiento de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) al reconocimiento de los Estados. Por ejemplo, al determinar que la prohibición de la pena de muerte no era una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), el Tribunal de Apelaciones del Sexto Circuito de los Estados Unidos, en la causa *Buell v. Mitchell*, señaló que solo 61 países, es decir, aproximadamente el 32 % de los países, habían abolido completamente el uso de la pena de muerte<sup>783</sup>. Incluso si, en la práctica y la doctrina<sup>784</sup>, las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) siguen estando vinculadas a nociones relativas a la conciencia de la humanidad, los materiales aportados para ilustrar el reconocimiento de las normas como normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) siguen

<sup>778</sup> Véase, por ejemplo, el Canadá (*A/C.6/71/SR.27*, párr. 9), que indica que “sería conveniente que la Comisión [...] ampliara la idea de la aceptación y el reconocimiento de una norma imperativa por parte de los Estados para incluir otras entidades, como las organizaciones internacionales y no gubernamentales”.

<sup>779</sup> Véase el párrafo 3) del comentario al proyecto de artículo 53 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, *Anuario...*, 1982, vol. II (segunda parte), pág. 60. Véase también, en el contexto del presente tema, la declaración del Canadá (nota anterior).

<sup>780</sup> Véase el párrafo 3) del comentario al proyecto de artículo 53 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales.

<sup>781</sup> *Prosecutor v. Katanga*, causa núm. ICC-01/04-01/07-34-05-tENg, decisión sobre la solicitud de puesta en libertad provisional de los testigos detenidos de 1 de octubre de 2013, Sala de Primera Instancia II, Corte Penal Internacional, párr. 30 (“el carácter imperativo del principio de no devolución encuentra un reconocimiento cada vez mayor entre los Estados”).

<sup>782</sup> *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (véase la nota 754 *supra*), párr. 99. La Corte cita, entre otros, la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Convenios de Ginebra relativos a la protección de las víctimas de la guerra, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la resolución 3452 (XXX) de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1975, y la legislación nacional.

<sup>783</sup> Véase, por ejemplo, *Buell v. Mitchell* (nota 752 *supra*), pág. 373. Véase también *Sobre la aplicación de principios y normas del derecho internacional reconocidos universalmente y de tratados internacionales de la Federación de Rusia por los tribunales de jurisdicción general*, resolución núm. 5 de 10 de octubre de 2003, modificada el 5 de marzo de 2013, decisión del Pleno del Tribunal Supremo de la Federación de Rusia, párr. 1 (donde se afirma que los principios del derecho internacional universalmente reconocidos deben considerarse las normas imperativas básicas del derecho internacional, aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, de las que no está permitido apartarse).

<sup>784</sup> *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)* (véase la nota 704 *supra*), pág. 46, párr. 87; y A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium (I)*, Leiden, 2010, pág. 316 (quien afirma que, en el mundo multicultural de nuestros tiempos, existe un mínimo irreducible que, en lo que respecta a la creación del derecho internacional, descansa en su fuente material última: la conciencia humana).

siendo hechos y práctica de los Estados, también en el seno de organizaciones internacionales, como los tratados y las resoluciones de la Asamblea General.

4) Aunque en el proyecto de conclusión 7 se afirma que la aceptación y el reconocimiento de los Estados constituyen el criterio pertinente para determinar si una norma tiene carácter imperativo, ello no significa que el papel de otros actores no tenga importancia. Estos pueden dar contexto y contribuir a la evaluación de la aceptación y el reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. La Comisión ha reconocido el papel subsidiario de otros actores en relación con otros temas. En su proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, la Comisión afirmó que es “principalmente [...] la práctica de los Estados [la] que contribuye a la formación o expresión de normas de derecho internacional consuetudinario”, si bien indicó que, “[e]n algunos casos, la práctica de las organizaciones internacionales también contribuye a la formación o la expresión de normas de derecho internacional consuetudinario”. Además, señaló que el comportamiento de actores no estatales, aunque no constituye práctica a tales efectos, “puede ser pertinente al valorar la práctica” de los Estados<sup>785</sup>. Del mismo modo, en el tema “Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados”, la Comisión llegó a la conclusión de que el comportamiento de los actores no estatales no constituía práctica a los efectos del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969, pero que podía “ser pertinente al evaluar la práctica ulterior de las partes en un tratado”<sup>786</sup>. Los hechos y la práctica de las organizaciones internacionales pueden servir de prueba de la aceptación y el reconocimiento de los Estados al determinar si una norma tiene carácter imperativo<sup>787</sup>. En última instancia, no obstante, las posiciones de entidades distintas de los Estados no son suficientes por sí mismas para establecer la aceptación y el reconocimiento necesarios para elevar una norma de derecho internacional general al rango de imperativa. Esta consideración se refleja en el tercer párrafo del proyecto de conclusión 7.

5) El segundo párrafo del proyecto de conclusión 7 trata de explicar lo que se entiende por “en su conjunto”. Afirma que se requiere la aceptación y el reconocimiento por una mayoría muy amplia de Estados. Como explicó el Presidente del Comité de Redacción durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, con las palabras “en su conjunto” no se trata de exigir que una norma sea “aceptada y reconocida como imperativa por los Estados de manera unánime”, sino que basta con “una mayoría muy amplia”<sup>788</sup>. Este sentido también se ha reflejado al incluir la expresión “comunidad de Estados” en lugar de hablar simplemente de “Estados”. La combinación de las expresiones “en su conjunto” y “comunidad de Estados” sirve para poner de relieve que son los Estados, como colectivo o comunidad, los que deben aceptar y reconocer que una norma no admite acuerdo en contrario para que esta sea una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

<sup>785</sup> Proyecto de conclusión 4 del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario.

<sup>786</sup> Proyecto de conclusión 5 del proyecto de conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados (A/73/10, cap. IV).

<sup>787</sup> *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (nota 703 *supra*), pág. 23: “Los orígenes de la Convención demuestran la intención de las Naciones Unidas de condenar y sancionar el genocidio [...]. Por consiguiente, la Convención contra el Genocidio fue concebida, tanto por la Asamblea General como por las partes contratantes, como convención de alcance claramente universal”; véase también la conclusión 12 de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario.

<sup>788</sup> Sr. Yasseen, Presidente del Comité de Redacción, *Documentos Oficiales de la Conferencia de Viena de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones...* (véase la nota 726 *supra*), 80ª sesión, párr. 12. Véase también E. de Wet “*Jus cogens* and obligations *erga omnes*”, en D. Shelton (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford, 2013, págs. 541 y ss., en especial pág. 543 (donde se afirma que este umbral para alcanzar el rango imperativo es elevado, ya que, aunque no requiere consenso entre todos los Estados, sí requiere la aceptación por una amplia mayoría de Estados). Véase, además, Christófolo (nota 743 *supra*), pág. 125 (donde se afirma que la formación de normas imperativas refleja una voluntad común que representa el consentimiento de una mayoría abrumadora de Estados. Un Estado o un número muy reducido de Estados no pueden obstruir el proceso de formación de las normas imperativas).

6) La Comisión consideró que la aceptación y el reconocimiento por una simple “mayoría” de Estados no era suficiente para establecer el carácter imperativo de una norma. En cambio, la mayoría tenía que ser muy amplia. No obstante, la determinación de si había una mayoría muy amplia de Estados que aceptaban y reconocían el carácter imperativo de una norma no era un ejercicio mecánico consistente en contar el número de Estados. La aceptación y el reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto requiere que la aceptación y el reconocimiento tengan lugar en diferentes regiones, sistemas jurídicos y culturas<sup>789</sup>. Se indicó que, habida cuenta de la importancia del consentimiento de los Estados y del efecto jurídico de extraordinario alcance las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), se necesitaba el reconocimiento y la aceptación de una “mayoría abrumadora de Estados”, “casi todos los Estados”, “prácticamente todos los Estados” o “toda la comunidad internacional de Estados en su conjunto”<sup>790</sup>.

### Conclusión 8

#### Prueba de la aceptación y el reconocimiento

1. La prueba de la aceptación y el reconocimiento de que una norma de derecho internacional general es una norma imperativa (*ius cogens*) puede adoptar una gran variedad de formas.

2. Esas formas de prueba comprenden, sin reducirse a ello: las declaraciones públicas hechas en nombre de los Estados; las publicaciones oficiales; los dictámenes jurídicos gubernamentales; la correspondencia diplomática; los actos legislativos y administrativos; las decisiones de las cortes y tribunales nacionales; las disposiciones de los tratados; y las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental.

#### Comentario

1) Para identificar una norma como norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), es necesario demostrar que la comunidad internacional de Estados en su conjunto acepta y reconoce que dicha norma no admite acuerdo en contrario. Como se desprende del segundo párrafo del proyecto de conclusión 7, ello requiere que se aporten pruebas de la aceptación y el reconocimiento. El proyecto de conclusión 8 se refiere a los tipos de prueba necesarios para determinar que la comunidad internacional de Estados en su conjunto acepta y reconoce que una norma tiene carácter imperativo. En el proyecto de conclusión 9 se abordan otros materiales auxiliares que pueden ser pertinentes para la identificación de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

2) El primer párrafo del proyecto de conclusión 8 es una afirmación general. Establece que la prueba de la aceptación y el reconocimiento puede adoptar una gran variedad de formas. En su fallo en la causa relativa a las *Cuestiones sobre la obligación de procesar o extraditar*, la Corte Internacional de Justicia se basó en diversos materiales como prueba del carácter imperativo de la prohibición de la tortura<sup>791</sup>. Es preciso recordar que de lo que se trata es de la aceptación y el reconocimiento de la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Por lo tanto, cualquier material que pueda expresar o reflejar las opiniones de los Estados sería pertinente como prueba de aceptación y reconocimiento.

3) En el segundo párrafo del proyecto de conclusión 8 se describen las formas de los materiales que pueden utilizarse como prueba de que una norma es una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). En consonancia con la afirmación anterior de que la prueba de la aceptación y el reconocimiento puede adoptar diversas formas, el segundo párrafo del proyecto de conclusión 8, refiriéndose a las formas de prueba, dice: “comprenden, sin reducirse a ello”. Por consiguiente, la lista que figura en ese párrafo no es

<sup>789</sup> Véase *Michael Domingues Vs. Estados Unidos* (nota 706 *supra*), párr. 85 (“La aceptación de esta norma abarca las fronteras políticas e ideológicas y los empeños por apartarse de la misma han sido enérgicamente condenados por los integrantes de la comunidad internacional como no permisibles según normas contemporáneas de derechos humanos”).

<sup>790</sup> Véase, por ejemplo, *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, fallo, *I.C.J. Reports 1985*, págs. 13 y ss., en especial pág. 30, párr. 27.

<sup>791</sup> *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (véase la nota 754 *supra*), párr. 99.

una lista cerrada. Pueden aportarse otras formas de prueba no mencionadas en el segundo párrafo del proyecto de conclusión 8 para corroborar el carácter imperativo de una norma si estas reflejan o expresan la aceptación y el reconocimiento de los Estados.

4) Cabe señalar que las formas de prueba enumeradas en el párrafo 2 del proyecto de conclusión 8 son similares a las previstas en el párrafo 2 de la conclusión 10, relativa a las formas de prueba de la aceptación como derecho (*opinio iuris*), de las conclusiones de la Comisión sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario<sup>792</sup>. Esta similitud se debe a que las formas de prueba señaladas son aquellas de las que, por lo general, pueden deducirse las posiciones, opiniones y puntos de vista de los Estados. Es preciso distinguir los posibles usos de estos materiales a los efectos de cumplir el criterio de la aceptación y el reconocimiento de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), por una parte, y de su uso a los efectos de la identificación del derecho internacional consuetudinario, por otra. En el primer caso, los materiales deben establecer la aceptación y el reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto de que la norma en cuestión es una norma que no admite acuerdo en contrario, mientras que, en el segundo, los materiales se utilizan para evaluar si los Estados aceptan la norma como norma de derecho internacional consuetudinario.

5) Las formas de prueba de la lista no exhaustiva que figura en el segundo párrafo del proyecto de conclusión 8 tienen en común el hecho de ser materiales que expresan o reflejan las opiniones de los Estados. Estos materiales son el resultado de procesos que permiten determinar las posiciones y opiniones de los Estados. Los tratados y resoluciones aprobados por los Estados en organizaciones internacionales o en conferencias intergubernamentales pueden ser un claro ejemplo de esos materiales<sup>793</sup>. Las decisiones de las cortes y tribunales nacionales también pueden reflejar las opiniones de los Estados y se

<sup>792</sup> Conclusión 10 de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario. Resolución 73/203 de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 2018, anexo.

<sup>793</sup> En la causa *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (véase la nota 754 *supra*), párr. 99, la Corte Internacional de Justicia se refirió tanto a tratados (“los Convenios de Ginebra de 1949 relativos a la protección de las víctimas de la guerra; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966”), como a resoluciones (“la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; la resolución 3452 (XXX) de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1975, sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”) al expresar su reconocimiento de la prohibición de la tortura como norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Véanse también *Prosecutor v. Mucić*, fallo, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, 16 de noviembre de 1998 (IT-96-21-T) y *Prosecutor v. Delalić*, et al. (véase la nota 757 *supra*), párr. 454, donde se invocan el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (Convenio Europeo de Derechos Humanos), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (“Pacto de San José de Costa Rica”). Véase también *Prosecutor v. Furundžija* (nota 699 *supra*), pág. 563, párr. 144. Al pronunciarse sobre el carácter imperativo de la prohibición de la ejecución de personas menores de 18 años, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Michael Domingues Vs. Estados Unidos* (véase la nota 706 *supra*), párr. 85, se basó en la ratificación por los Estados de tratados como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (“Pacto de San José de Costa Rica”), que, según dijo, eran “tratados en los que esta proscripción se reconoce como no derogable”. Véase asimismo la opinión separada del Vicepresidente Ammoun en *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. 79, donde se invocan las resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad para concluir que el derecho a la libre determinación es una norma imperativa. Véanse también las observaciones presentadas por escrito por el Gobierno de las Islas Salomón a la Corte Internacional de Justicia sobre la solicitud de la Organización Mundial de la Salud de una opinión consultiva sobre la legalidad del uso por los Estados de armas nucleares en conflictos armados en vista de sus efectos sobre la salud humana y el medio ambiente, págs. 39 y 40, párr. 3.28 (donde se afirma que es totalmente normal en derecho internacional que las normas más comunes y fundamentales se reafirmen y se incorporen repetidamente a los tratados).

han tenido en cuenta para determinar el carácter imperativo de las normas<sup>794</sup>. Las medidas legislativas y administrativas son otra forma en que los Estados expresan sus opiniones y, por lo tanto, también pueden ser una prueba del carácter imperativo de una norma de derecho internacional general<sup>795</sup>. Asimismo, los Estados expresan habitualmente sus opiniones sobre el carácter imperativo de determinadas normas en declaraciones públicas y declaraciones en foros internacionales<sup>796</sup>.

6) Además de advertir de que las formas de prueba que figuran en el segundo párrafo del proyecto de conclusión 8 no son exhaustivas, es preciso recordar también que esos materiales deben indicar si la norma tiene carácter imperativo. La cuestión no es si una norma en particular se ha reflejado en esos materiales, sino, más bien, si los materiales establecen la aceptación y el reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto de que la norma en cuestión es una norma que no admite acuerdo en contrario. Si se consideran de forma aislada, estos materiales no permiten determinar de manera concluyente el carácter imperativo de una norma. Deben sopesarse y evaluarse conjuntamente, en su contexto, para determinar si ponen de manifiesto la aceptación y el reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto del carácter imperativo de la norma en cuestión.

### Conclusión 9

#### Medios auxiliares de determinación del carácter imperativo de las normas de derecho internacional general

1. Las decisiones de las cortes y tribunales internacionales, en particular las de la Corte Internacional de Justicia, constituyen un medio auxiliar para determinar el carácter imperativo de las normas de derecho internacional general.

2. La labor de los órganos de expertos establecidos por Estados o por organizaciones internacionales y la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones también pueden ser un medio auxiliar para determinar el carácter imperativo de las normas de derecho internacional general.

### Comentario

1) Para identificar una norma como norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), es necesario aportar pruebas de que la comunidad internacional de Estados en su conjunto la acepta y reconoce 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 carácter. Como se explica en el proyecto de conclusión 8, las formas de prueba pertinentes para este fin son los materiales que expresan o reflejan las opiniones de

<sup>794</sup> Véase, por ejemplo, *Prosecutor v. Furundžija* (nota 699 *supra*), pág. 569, nota 170. Véase también *Al-Adsani v. the United Kingdom* (nota 706 *supra*), párrs. 60 y 61, donde el Tribunal se basó, entre otras, en la causa *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others: Ex Parte Pinochet Ugarte (No. 3)* (nota 723 *supra*) y en otras causas sustanciadas ante cortes y tribunales nacionales para evaluar el carácter imperativo de la prohibición de la tortura.

<sup>795</sup> Al concluir que la prohibición de la tortura tenía carácter imperativo, la Corte Internacional de Justicia, en la causa *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (véase la nota 754 *supra*), párr. 99, señaló que la prohibición se había incorporado en el derecho interno de casi todos los Estados. Asimismo, en su decisión sobre la prohibición de la ejecución de personas menores de 18 años, la Comisión Interamericana, en el caso *Michael Domingues Vs. Estados Unidos* (véase la nota 706 *supra*), párr. 85, tuvo en cuenta el hecho de que los Estados habían introducido las enmiendas pertinentes en su legislación nacional.

<sup>796</sup> Véase, por ejemplo, con respecto a la agresión: Ghana (*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones...* (nota 726 *supra*), 53ª sesión, párr. 15); Países Bajos (A/C.6/SR.781, párr. 2); Uruguay (*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones...* (nota 726 *supra*), 53ª sesión, párr. 48); Japón (S/PV.2350); Belarús (A/C.6/73/SR.26, párr. 90); y Mozambique (A/C.6/73/SR.28, párr. 3). A este respecto, en la causa *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (véase la nota 754 *supra*), párr. 99, la Corte Internacional de Justicia señaló que “los actos de tortura se denuncian de manera habitual en los foros nacionales e internacionales” al afirmar el carácter imperativo de la prohibición de la tortura.

los Estados. Otros materiales que no reflejan las opiniones de los Estados también pueden ser pertinentes como medios auxiliares de determinación del carácter imperativo de una norma. El proyecto de conclusión 9 se refiere a algunos de esos medios auxiliares. Es importante destacar que la palabra “auxiliar” en este contexto no pretende restar importancia a esos materiales, sino más bien expresar la idea de que, si bien facilitan la identificación de “la aceptación y el reconocimiento”, no constituyen en sí mismos dicha aceptación y reconocimiento<sup>797</sup>. El proyecto de conclusión 9 se refiere a esos otros materiales.

2) El primer párrafo del proyecto de conclusión 9 establece que las decisiones de las cortes y tribunales internacionales constituyen un medio auxiliar para determinar el carácter imperativo de las normas de derecho internacional general (*ius cogens*). Esta disposición se inspira en el Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que dispone, entre otras cosas, que las decisiones judiciales constituyen “un medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”. Esa es, en parte, la razón por la que en el primer párrafo del proyecto de conclusión 9 se utilizan las palabras “medio auxiliar para determinar” en lugar de “identificar”, que se ha empleado con más frecuencia en el presente proyecto de conclusiones. Mientras que el Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia habla de las “decisiones judiciales”, que incluyen las decisiones de las cortes y tribunales tanto internacionales como nacionales, el primer párrafo del proyecto de conclusión 9 se refiere únicamente a las decisiones de las cortes y tribunales internacionales. Además de ser un medio auxiliar en virtud del Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las decisiones de las cortes y tribunales nacionales también pueden constituir pruebas primarias con arreglo al proyecto de conclusión 8.

3) Existen abundantes ejemplos de decisiones de cortes y tribunales internacionales en que se invocan otras decisiones de cortes y tribunales internacionales. Por ejemplo, en la causa *Fiscalía c. Furundžija*, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia determinó que la prohibición de la tortura era una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) sobre la base, entre otras cosas, del alcance de la prohibición, en particular del hecho de que se prohibiera a los Estados “expulsar, devolver o extraditar” a una persona a un lugar donde pudiera ser sometida a tortura<sup>798</sup>. Para demostrar el alcance de esa prohibición, el Tribunal se remitió a las sentencias de, entre otros, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>799</sup>. La sentencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en la causa *Fiscalía c. Furundžija* se ha invocado a su vez con frecuencia para ilustrar el carácter imperativo de la prohibición de la tortura<sup>800</sup>. El Tribunal Especial para el Líbano, en la causa *Fiscalía c. Ayyash y otros*, concluyó que “las cortes y tribunales penales internacionales han confirmado con tanta frecuencia el principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*) con respecto al enjuiciamiento internacional de crímenes que está justificado sostener que, por ahora, tiene rango de norma imperativa

<sup>797</sup> Véase también el párrafo 2) del comentario a la conclusión 13 del proyecto de conclusiones sobre el derecho internacional consuetudinario (nota 740 *supra*) (“El término ‘medio auxiliar’ denota la función complementaria de esas decisiones en la elucidación del derecho; no son fuentes de derecho internacional en sí mismas (a diferencia de los tratados, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho). El uso de la expresión “medio auxiliar” no da a entender, ni pretende dar a entender, que esas decisiones no sean importantes para la identificación del derecho internacional consuetudinario”).

<sup>798</sup> *Prosecutor v. Furundžija* (véase la nota 699 *supra*), párr. 144.

<sup>799</sup> *Soering v. the United Kingdom*, demanda núm. 14038/88, sentencia de 7 de julio de 1989, Tribunal Europeo de Derechos Humanos; *Cruz Varas and Others v. Sweden*, demanda núm. 15576/89, sentencia de 20 de marzo de 1991, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Series A: Judgments and Decisions*, vol. 201; y *Chahal v. the United Kingdom*, demanda núm. 22414/93, sentencia de 15 de noviembre de 1996, Gran Sala, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

<sup>800</sup> Véanse, por ejemplo, *Al-Adsani v. the United Kingdom* (nota 706 *supra*), párr. 30; y *García Lucero y otras Vs. Chile* (nota 718 *supra*), párrs. 123 y 124, en especial nota 139. Véase también, en general, *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others: Ex Parte Pinochet Ugarte No. 3* (nota 723 *supra*), donde varios Lores se remitieron a la causa *Prosecutor v. Furundžija* (nota 699 *supra*).



(*ius cogens*)”<sup>801</sup>. En la causa *El Sayed*, el Tribunal Especial para el Líbano determinó que el derecho de acceso a la justicia había “alcanzado el rango de norma imperativa (*ius cogens*)”, entre otras cosas, sobre la base de la jurisprudencia de cortes y tribunales nacionales e internacionales<sup>802</sup>. La decisión en la causa *El Sayed* ilustra de manera particularmente acertada la manera en que las decisiones de cortes y tribunales internacionales pueden ser un medio auxiliar de identificación de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). El Tribunal, en el fallo redactado por su entonces Presidente, Antonio Cassese, se basó en diversas formas de prueba, algunas de ellas enumeradas en el proyecto de conclusión 8, para llegar a la conclusión de que, en su conjunto, las pruebas indicaban que existía una aceptación y un reconocimiento del carácter imperativo del derecho de acceso a los tribunales<sup>803</sup>. En la decisión se hace además referencia a la sentencia en el caso *Goiburú y otros Vs. Paraguay*, en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que el derecho de acceso a los tribunales era una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) a fin de poner en contexto y consolidar las pruebas primarias utilizadas como fundamento<sup>804</sup>.

4) En el primer párrafo del proyecto de conclusión 9 se menciona de manera explícita a la Corte Internacional de Justicia como medio auxiliar para determinar el carácter imperativo de las normas. Hay varias razones para mencionar expresamente a la Corte Internacional de Justicia. En primer lugar, es el principal órgano judicial de las Naciones Unidas y sus miembros son elegidos por los principales órganos políticos de la Organización. En segundo lugar, sigue siendo la única corte internacional con competencia general por razón de la materia. Además, si bien la Corte se ha mostrado reacia a pronunciarse sobre las normas imperativas, su jurisprudencia ha dejado huella en el desarrollo del concepto tanto de normas imperativas generales como de normas imperativas particulares, incluso en los casos en que no se invocaban de manera explícita normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). En particular, sus opiniones consultivas relativas a las *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, a las *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental)*, *no obstante lo dispuesto en la resolución 2766 (1970) del Consejo de Seguridad* y a las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado*, así como sus decisiones en las causas relativas a la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, a *Timor Oriental (Portugal c. Australia)* y a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*, han contribuido en gran medida a la comprensión y evolución de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), a pesar de que no se invoquen de manera expresa e inequívoca normas imperativas en sus respectivas conclusiones<sup>805</sup>. Cuando la Corte Internacional de Justicia se ha pronunciado expresamente sobre normas imperativas, sus decisiones han sido aún más

<sup>801</sup> *Prosecutor v. Ayyash*, et al., causa núm. STL-11-01/I, decisión interlocutoria de 16 de febrero de 2011 sobre el derecho aplicable: terrorismo, conspiración, homicidio, autoría, acumulación de cargos, Sala de Apelaciones, Tribunal Especial para el Líbano, párr. 76. Para esta decisión, el Tribunal se basó, entre otros, en el fallo del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en *Prosecutor v. Duško Tadić* (causa núm. IT-94-1-AR-72, decisión de 2 de octubre de 1995 sobre la moción presentada por la defensa relativa a una apelación interlocutoria sobre la competencia, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia); *Prosecutor v. Delalić*, et al. (véase la nota 757 *supra*); y *Prosecutor v. Akayesu*, causa núm. ICTR-96-4-T, fallo de 2 de septiembre de 1998, Sala de Primera Instancia I, Tribunal Penal Internacional para Rwanda.

<sup>802</sup> *El Sayed*, causa núm. CH/PRES/2010/01, providencia de 15 de abril de 2010 por la que se asigna el asunto al Juez de Primera Instancia, Presidente del Tribunal Especial para el Líbano, párr. 29, donde se hace referencia, en particular, al caso *Goiburú y otros Vs. Paraguay* (véase la nota 706 *supra*).

<sup>803</sup> Véase *ibid.*, párrs. 21 a 28.

<sup>804</sup> *Ibid.*, párr. 29.

<sup>805</sup> Véanse *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (nota 703 *supra*); *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia* (nota 793 *supra*), pág. 16; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, pág. 136; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (nota 699 *supra*); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, fallo, *I.C.J. Reports 1970*, pág. 3; *East Timor (Portugal v. Australia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1995*, pág. 90; y *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (nota 741 *supra*).



influyentes. El fallo de la Corte en la causa relativa a las *Cuestiones sobre la obligación de procesar o extraditar*, por ejemplo, ha confirmado el carácter imperativo de la prohibición de la tortura<sup>806</sup>.

5) El segundo párrafo del proyecto de conclusión 9 se refiere a otros medios auxiliares de determinación del carácter imperativo de las normas de derecho internacional general. Al igual que las decisiones de las cortes y tribunales internacionales, estos otros medios son auxiliares en el sentido de que, si bien facilitan la determinación de la existencia de la aceptación y el reconocimiento de los Estados, no son en sí mismos prueba de tal aceptación y reconocimiento. En el párrafo se enumeran, como ejemplos de otros medios auxiliares, la labor de los órganos de expertos y la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, denominada también escritos académicos. El uso de las palabras “también pueden” en el párrafo 2, en contraposición a la palabra “constituyen” utilizada para referirse a las decisiones de las cortes y tribunales internacionales en el párrafo 1, indica que cabe conceder menos importancia a la labor de los órganos de expertos y a los escritos académicos que a las decisiones judiciales. La pertinencia de esos otros materiales como medios auxiliares depende de otros factores, como el razonamiento seguido en la labor o los escritos, la medida en que los Estados aceptan las opiniones expresadas y la medida en que esas opiniones son corroboradas, ya sea por otras formas de prueba enumeradas en el proyecto de conclusión 8 o por decisiones de cortes y tribunales internacionales.

6) La primera categoría es la relativa a la labor de los órganos de expertos. La expresión “establecidos por Estados o por organizaciones internacionales” indica que el párrafo se refiere a los órganos establecidos por organizaciones internacionales y órganos subsidiarios de esas organizaciones, como la Comisión de Derecho Internacional y los órganos de expertos creados en virtud de tratados. Fue necesario incluir esa precisión para poner de relieve que el órgano de expertos en cuestión debía tener un mandato intergubernamental y haber sido creado por Estados. El uso de la expresión “establecidos por Estados o por organizaciones internacionales” significa que las organizaciones privadas que no tienen un mandato intergubernamental no están incluidas en la categoría de órganos de expertos. Esto no quiere decir que la labor de los órganos de expertos que no tienen mandato intergubernamental carezca de pertinencia. La labor del Instituto de Derecho Internacional o de la Asociación de Derecho Internacional puede, por ejemplo, calificarse de “doctrina de los publicistas de mayor competencia” en el sentido del párrafo 2 del proyecto de conclusión 9<sup>807</sup>. El término “labor” designa no solo el resultado final de los trabajos de los órganos de expertos, sino también los trabajos que han llevado a ese resultado final.

7) Las cortes y tribunales también respaldan la utilización de otros materiales. En la causa *RM v. the Attorney-General*, por ejemplo, el Tribunal Superior de Kenya se remitió a la observación general núm. 18 del Comité de Derechos Humanos, relativa a la no discriminación<sup>808</sup>, para determinar que la no discriminación era una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)<sup>809</sup>. Asimismo, para fundamentar su conclusión de que el principio de no devolución era una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), la Corte Penal Internacional se refirió, entre otras cosas, a una opinión consultiva de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados<sup>810</sup>. Del mismo modo, la conclusión del Tribunal Penal Internacional para la

<sup>806</sup> Véase *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (nota 754 *supra*), párr. 99.

<sup>807</sup> Véase el párrafo 5) del comentario al proyecto de conclusión 14 del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario.

<sup>808</sup> Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 18 (1989) relativa a la no discriminación, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo quinto periodo de sesiones, Suplemento núm. 40*, vol. I (A/45/40 (Vol. I)), anexo VI, secc. A, párr. 1.

<sup>809</sup> *RM v. Attorney-General*, causa civil núm. 1351 2002 (O.S.), sentencia de 1 de diciembre de 2006, Tribunal Superior de Kenya en Nairobi, [2006] eKLR, pág. 18.

<sup>810</sup> Véase *Prosecutor v. Katanga*, (nota 781 *supra*), párr. 30, donde se hace referencia a la *Opinión consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967*, de 2007, de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. El Tribunal también se

ex-Yugoslavia en la causa *Fiscalía c. Furundžija* en el sentido de que la prohibición de la tortura era una norma de *ius cogens* se basó, entre otras cosas, en observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y de un informe de un Relator Especial, el Sr. Kooijmans<sup>811</sup>.

8) También se ha hecho referencia con frecuencia a la Comisión al evaluar si una norma concreta ha adquirido o no rango de imperativa. En la evaluación del carácter de la prohibición del uso de la fuerza, la Corte Internacional de Justicia observó que la “Comisión de Derecho Internacional expresó la opinión de que ‘las normas de la Carta de las Naciones Unidas por las que se prohíbe el uso de la fuerza constituyen por sí mismas un ejemplo patente de normas de derecho internacional que tienen carácter de *ius cogens*’”<sup>812</sup>. Los escritos académicos que establecen una lista de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) generalmente aceptadas suelen basarse en la lista incluida por la Comisión en el comentario al proyecto de artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos<sup>813</sup>. Por tanto, la propia labor de la Comisión también puede contribuir a la identificación de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

9) El segundo párrafo se refiere a la “doctrina de los publicistas de mayor competencia”, que también puede ser útil como material auxiliar para la identificación de las normas imperativas de derecho internacional<sup>814</sup>. Se trata de los escritos académicos y demás obras que puedan utilizarse como material secundario para evaluar y poner en contexto las principales formas de aceptación y reconocimiento del carácter imperativo. Es importante destacar que el peso que se concederá a esa doctrina variará en gran medida en

---

refirió a las diversas conclusiones del Comité Ejecutivo de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

<sup>811</sup> Véase *Prosecutor v. Furundžija* (nota 699 *supra*), párrs. 144 y 153. El Tribunal se remitió a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a la observación general relativa al artículo 7 y la observación general núm. 24 del Comité de Derechos Humanos, y a un informe del Relator Especial Kooijmans.

<sup>812</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (véase la nota 741 *supra*), págs. 100 y 101, párr. 190. Véase también la causa *Victor Raúl Pinto, Re, Pinto (Victor Raúl) c. Familiares de Tomás Rojas*, causa núm. 3125-94, decisión sobre fallo de sobreseimiento de 13 de marzo de 2007, Corte Suprema de Justicia de Chile, ILDC 1093 (CL 2007), párrs. 29 y 31.

<sup>813</sup> Párrafo 5) del comentario al artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Véase den Heijer y van der Wilt (nota 714 *supra*), pág. 9, donde se señala que las normas que figuran en la lista son “incuestionables”. Véanse también Christófolo (nota 743743 *supra*), párr. 151; y Weatherall (nota 701 *supra*), pág. 202. Véase además de Wet (nota 788 *supra*), pág. 543. Sin embargo, esta no se basa en una lista de la Comisión, sino en la lista que figura en el párrafo 374 del informe del Grupo de Estudio de la Comisión (véase la nota 702 *supra*), y propone una lista que ha sido ligeramente modificada con respecto a la del Grupo de Trabajo. Por ejemplo, en la lista que proporciona de Wet, “el derecho a la legítima defensa” figura como norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) por derecho propio, mientras que en la lista del Grupo de Trabajo aparece la “prohibición de la agresión” pero no la “legítima defensa” como norma imperativa específica de derecho internacional general (*ius cogens*).

<sup>814</sup> Véanse, por ejemplo, *Nguyen Thang Loi v. Dow Chemical Company (In Agent Orange Product Liability Litigation)*, 373 F. Supp. 2d 7 (E.D.N.Y. 2005), pág. 108, que remite a M. C. Bassiouni, “Crimes against humanity”, en R. Gutman y D. Rieff (eds.), *Crimes of War: What the Public Should Know*, Norton, 1999; *Prosecutor v. Kallon and Kamara*, causas núms. SCSL-2004-15-AR72(E) y SCSL-2004-16-AR72(E), decisión de 13 de marzo de 2004 sobre la impugnación de la competencia: amnistía en virtud del Acuerdo de Lomé, Sala de Apelaciones, Tribunal Especial para Sierra Leona, , párr. 71, que remite a L. Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge, 2002; y *Bayan Muna v. Alberto Romulo* (véase la nota 723 *supra*) pág. 55, donde se cita a M. C. Bassiouni, “International crimes: *ius cogens* and *obligatio erga omnes*”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 59 (1996), pág. 63. Véase también *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* (nota 708 *supra*), pág. 717, donde se cita a varios autores, entre ellos K. Parker y L. B. Neylon, “*Jus cogens*: compelling the law of human rights”, *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 12, núm. 2 (invierno de 1989), págs. 411 a 463, y K. C. Randall, “Universal jurisdiction under international law”, *Texas Law Review*, vol. 66 (1987-1988), págs. 785 a 841, en apoyo de la afirmación de que la prohibición de la tortura es una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

función de la calidad del razonamiento y de su grado de apoyo en la práctica de los Estados y en las decisiones de cortes y tribunales internacionales<sup>815</sup>.

10) Cabe señalar que los medios auxiliares indicados en los párrafos 1 y 2 del proyecto de conclusión 9 no son exhaustivos. No obstante, los medios señalados en el proyecto de conclusión 9 son los medios auxiliares más utilizados habitualmente para identificar las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

### **Tercera parte**

#### **Consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)**

#### **Conclusión 10**

##### **Tratados que están oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)**

1. Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Las disposiciones de dicho tratado carecerán de fuerza jurídica.

2. Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), todo tratado existente que esté en oposición con esa norma pasará a ser nulo y terminará. Las partes en dicho tratado quedarán exentas de la obligación de seguir cumpliendo el tratado.

### **Comentario**

1) El proyecto de conclusión 10 se refiere a la nulidad y la terminación de los tratados por estar en oposición con normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). La nulidad de los tratados es el efecto jurídico más estrechamente asociado a las normas imperativas de derecho internacional general<sup>816</sup>. El artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 rara vez se ha invocado para anular un tratado, hasta el punto de que se ha planteado si sigue siendo operativo<sup>817</sup>. No obstante, el hecho de que rara vez se hayan

<sup>815</sup> Véase también el párrafo 3) del comentario al proyecto de conclusión 14 del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario (“Es necesario proceder con cautela al basarse en la doctrina, ya que su valor para la determinación de la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario varía; así queda reflejado en la expresión ‘pueden ser’. En primer lugar, en ocasiones los autores no solo desean dejar constancia del estado actual del derecho (*lex lata*), sino también promover su desarrollo (*lex ferenda*). Al hacerlo, no siempre distinguen (o distinguen claramente) entre el derecho existente y el que desearían que existiera. En segundo lugar, la doctrina puede reflejar las posiciones nacionales u otras opiniones individuales de los autores. En tercer lugar, su calidad difiere en gran medida. Así pues, es fundamental evaluar la autoridad de la obra de que se trate”).

<sup>816</sup> Danilenko, *Law-Making in the International Community* (véase la nota 735 *supra*), pág. 212 (donde se afirma que, tal como se concibió inicialmente en el proceso de codificación relacionado con el derecho de los tratados, el concepto de *ius cogens* se aplica únicamente a las relaciones convencionales para anular los acuerdos bilaterales y multilaterales contrarios a las normas comunitarias fundamentales reconocidas como “derecho superior”). Véanse también Kleinlein (nota 764 *supra*), pág. 181; K. Kawasaki, “A brief note on the legal effects of *jus cogens* in international law”, *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, vol. 34 (2006), pág. 27; y den Heijer y van der Wilt (nota 714 *supra*), pág. 7.

<sup>817</sup> Costelloe (véase la nota 694 *supra*), pág. 55 (donde se afirma que las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena de 1969 tienen un sentido muy estricto, por lo que cabe preguntarse si mantienen su pertinencia o si no son ya prácticamente letra muerta). Véanse Charlesworth y Chinkin (nota 701 *supra*), págs. 65 y 66 (donde se afirma que, a pesar de los temores a que la inclusión del artículo 53 de la Convención de Viena subvirtiera el principio *pacta sunt servanda* y tuviera por efecto la desestabilización de la seguridad que proporcionan los compromisos asumidos en virtud de tratados, la doctrina del *ius cogens* apenas se ha invocado en este contexto, por lo que ha tenido escasos efectos prácticos en la aplicación de los tratados); y Kadelbach (nota 700 *supra*), pág. 161 (donde se afirma que la oposición directa que supone que un tratado tenga un objeto ilícito no se ha dado en la práctica). Véase también Cassese (nota 701 *supra*), págs. 159 y 160 (donde se pregunta si no debería concluirse que lo que siempre se ha reivindicado como un gran avance logrado por la

anulado tratados por estar en oposición con normas imperativas no se debe a que los Estados no acepten lo dispuesto en el artículo 53, sino simplemente a que no suelen celebrar tratados que estén en oposición con normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Así pues, la disposición de que es nulo todo tratado que esté en oposición con normas imperativas sigue siendo de aplicación aunque rara vez haya sido aplicada.

2) Si bien los casos de nulidad de tratados por estar en oposición con normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) han sido poco frecuentes, ello no significa que no exista práctica alguna que pueda resultar pertinente para esta cuestión. Ha habido declaraciones de distintos Estados en que se evaluaba si un determinado tratado era o no compatible con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) y, por ende, si podía considerarse válido o no<sup>818</sup>. La Asamblea General ha aprobado resoluciones<sup>819</sup> que algunos han interpretado en el sentido de que reconocen que la validez de determinados acuerdos debe determinarse teniendo en cuenta su compatibilidad con determinados principios fundamentales. También ha habido decisiones judiciales en que se ha estudiado la nulidad de tratados por su posible incompatibilidad con normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). En la causa *Fiscalía c. Taylor*, el Tribunal Especial para Sierra Leona tenía que determinar si la disposición de su propio Estatuto por la que se eliminaban las inmunidades de los funcionarios era nula<sup>820</sup>. El Tribunal dictaminó

---

Convención de Viena de 1969, con el paso de los años, de hecho, ha resultado ser un rotundo fracaso). Véanse, por ejemplo, Shelton, “Sherlock Holmes and the mystery of *ius cogens*” (nota 714 *supra*), pág. 36; y Kadelbach (nota 700 *supra*), pág. 152. Para un análisis de la cuestión, véase Knuchel (*ibid.*), pág. 141.

<sup>818</sup> Véanse declaraciones generales en este sentido en la declaración de los Países Bajos durante el 18º período de sesiones de la Sexta Comisión, tema 69 del programa, informe de la Comisión de Derecho Internacional, párr. 2, respecto de la cuestión del *ius cogens*, “el Pacto sobre el Territorio Germánico del Sudeten, firmado en Munich el 29 de septiembre de 1938, es uno de los contados ejemplos de tratados que han llegado a ser considerados como contrarios al orden público internacional”. Chipre, en la misma sesión y a fin de mostrar la práctica en apoyo de la nulidad como consecuencia de la oposición con normas imperativas del derecho internacional general (*ius cogens*), enumeró una serie de tratados que preveían la nulidad por la oposición con una norma imperativa, a saber, la prohibición del uso de la fuerza (“El Pacto de la Sociedad de las Naciones, el Tratado General de Renuncia a la Guerra como Instrumento de Política Nacional (conocido como Pacto Briand-Kellogg); el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg; el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente y, más recientemente, el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, dan carácter de *lex lata* en el derecho internacional moderno al principio de que un tratado obtenido por el uso o la amenaza ilegal de la fuerza es nulo *ab initio*”). Véase también Israel durante el 18º período de sesiones de la Sexta Comisión, tema 69 del programa, informe de la Comisión de Derecho Internacional, párr. 8. Véanse declaraciones más específicas en *East Timor (Portugal v. Australia)*, contramemoria del Gobierno de Australia de 1 de junio de 1992, párr. 223, donde se afirma que el Tratado Relativo a la Falla de Timor (Tratado entre Australia y la República de Indonesia sobre la Zona de Cooperación en la Zona Situada entre la Provincia Indonesia de Timor Oriental y Australia Septentrional (Mar de Timor, 11 de diciembre de 1989), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1654, núm. 28462, pág. 105), si estuviera en oposición con el derecho a la libre determinación, sería nulo por violar una norma de *ius cogens*; el memorando del Asesor Jurídico del Departamento de Estado de los Estados Unidos, Robert B. Owen, al Secretario de Estado en funciones, 29 de diciembre de 1979, en *U.S. Digest*, capítulo 2, sección 1, párr. 4, reproducido en M. L. Nash, “Contemporary practice of the United States relating to international law”, *American Journal of International Law*, vol. 74, núm. 2 (abril de 1980), págs. 418 y ss., en especial pág. 419 (donde se afirma que tampoco queda claro que el tratado entre la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y el Afganistán sea válido. Si realmente sirviera para apoyar una intervención soviética de esa índole en el Afganistán, sería nulo de conformidad con los principios contemporáneos del derecho internacional, ya que estaría en oposición con lo que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados califica de “norma imperativa de derecho internacional general”, a saber, la enunciada en el Artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas).

<sup>819</sup> Resolución 33/28 A de la Asamblea General, de 7 de diciembre de 1978; resolución 34/65 B de la Asamblea General, de 29 de noviembre de 1979; resolución 36/51 de la Asamblea General, de 24 de noviembre de 1981, y resolución 39/42 de la Asamblea General, de 5 de diciembre de 1984.

<sup>820</sup> *Prosecutor v. Taylor*, causa núm. SCSL-2003-01-I, decisión de 31 de mayo de 2004 sobre inmunidad de jurisdicción, Sala de Apelaciones, Tribunal Especial para Sierra Leona, párr. 53. Véase también

que, dado que la disposición “no estaba en oposición con ninguna norma imperativa de derecho internacional general, el Tribunal debía hacerla efectiva”<sup>821</sup>. De ello parece desprenderse que, si la disposición hubiera estado en oposición, el Tribunal no la habría hecho efectiva. Del mismo modo, en el caso *Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*, del que conoció la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se invocó un acuerdo celebrado entre los Países Bajos y la comunidad saramaca en relación con la reparación<sup>822</sup>. La Corte observó que, con arreglo a algunas disposiciones del tratado, los saramacas se obligaban a capturar a los esclavos que hubieran desertado y a devolverlos a la esclavitud<sup>823</sup>. La Corte sostuvo que, por ese motivo, si el acuerdo en cuestión fuera un tratado, sería “nulo por ser contrario a reglas de *ius cogens superveniens*”<sup>824</sup>.

3) El proyecto de conclusión 10 sigue el enfoque de la Convención de Viena de 1969 al distinguir entre, por una parte, los tratados que, en el momento de su celebración, estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) (párrafo 1) y, por otra, los tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general que surja después de la celebración del tratado (párrafo 2)<sup>825</sup>. La primera alternativa se aborda en la primera oración del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, mientras que la segunda se aborda en el artículo 64 de dicha Convención. Ambos párrafos siguen de cerca el texto de la Convención de Viena de 1969.

4) La primera oración del primer párrafo del proyecto de conclusión 10 afirma simplemente que es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. La oración toma como modelo la primera oración del artículo 53 e implica que dicho tratado es nulo *ab initio*. La segunda oración del primer párrafo del proyecto de conclusión 10 se inspira en el primer párrafo del artículo 69 de la Convención de Viena de 1969 y dispone que las disposiciones de un tratado que es nulo por estar en oposición con una norma imperativa en el momento de su celebración carecerán de fuerza jurídica.

5) El segundo párrafo del proyecto de conclusión 10 se refiere a las consecuencias que tiene una nueva norma imperativa de derecho internacional general para un tratado existente. Establece que ese tratado pasará a ser nulo y terminará. La expresión “pasará a ser nulo y terminará” indica que el tratado no es nulo *ab initio*, sino que solo *pasa a ser* nulo cuando surge la norma imperativa. El tratado pasa a ser nulo desde el momento en que la norma en cuestión es reconocida y aceptada como norma que no admite acuerdo en contrario. La consecuencia de que el tratado *pase a ser* nulo es que solo terminan los efectos jurídicos continuados o subsiguientes de las disposiciones del tratado. Por esta razón, la segunda oración del segundo párrafo dispone que las partes en dicho tratado quedarán exentas de la obligación de seguir cumpliendo el tratado. Esta formulación se inspira en el artículo 71, párrafo 2 a), de la Convención de Viena de 1969. El texto viene a reconocer que las disposiciones del tratado eran válidas y podían producir consecuencias

*Prosecutor v. Kallon*, causa núm. SCSL-2004-15-AR72(E), decisión de 13 de marzo de 2004 sobre constitucionalidad y falta de competencia, Sala de Apelaciones, Tribunal Especial para Sierra Leona.

<sup>821</sup> *Prosecutor v. Taylor* (véase la nota anterior), párr. 53.

<sup>822</sup> *Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*, sentencia de 10 de septiembre de 1993 sobre reparaciones y costas, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 15.

<sup>823</sup> *Ibid.*, párr. 57.

<sup>824</sup> *Ibid.*

<sup>825</sup> Véase el párrafo 6) del comentario al artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario...*, 1966, vol. II, pág. 272 (el proyecto de artículo 50 “debe entenderse en conexión con el artículo 61 (Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general) y la Comisión opina que no cabe admitir que el presente artículo tenga efectos retroactivos. El artículo se refiere a las hipótesis en que un tratado es nulo *en el momento de su celebración* por el hecho de que sus disposiciones están en pugna con una norma ya existente de *ius cogens*. El tratado es totalmente nulo porque su celebración efectiva es incompatible con una norma imperativa de derecho internacional general [...] Por otra parte, el artículo 61 se ocupa de las hipótesis en que el tratado, válido en el momento de su celebración, se hace nulo y se extingue por el establecimiento ulterior de una norma de *ius cogens* con la cual son incompatibles sus disposiciones. Las palabras ‘*será* nulo y *terminará*’ expresan con toda claridad que la aparición de una nueva norma de *ius cogens* no tiene efectos retroactivos sobre la validez del tratado. La nulidad se produce únicamente a partir del momento en que se establece la nueva norma de *ius cogens*”) (en cursiva en el original).

jurídicas antes de la aparición de la norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Con sujeción a lo dispuesto en el proyecto de conclusión 12, lo único que se ve afectado por la terminación es la obligación de “seguir” cumpliendo el tratado. Antes de la aceptación y el reconocimiento, los derechos y obligaciones establecidos en virtud del tratado impugnado son plenamente válidos y aplicables.

6) El proyecto de conclusión 10, relativo a la nulidad de los tratados por estar en oposición con normas imperativas, debe leerse junto con el proyecto de conclusión 21, relativo a los requisitos de procedimiento para invocar la nulidad. De conformidad con el proyecto de conclusión 21, una parte en un tratado no puede declarar unilateralmente que considera que este es contrario a una norma imperativa y eximirse de la obligación de cumplir lo dispuesto en él. Debe seguirse el procedimiento establecido en el proyecto de conclusión 21 para confirmar objetivamente la nulidad del tratado a fin de poder invocar cualquier consecuencia de la nulidad.

### **Conclusión 11**

#### **Divisibilidad de las disposiciones de un tratado que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)**

1. Un tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) será nulo en su totalidad, y no se admitirá la división de las disposiciones del tratado.

2. Un tratado que pase a ser nulo por la aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) terminará en su totalidad, a menos que:

- a) las disposiciones que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) puedan separarse del resto del tratado en lo que respecta a su aplicación;
- b) se desprenda del tratado o conste de otro modo que la aceptación de dichas disposiciones no ha constituido para ninguna de las partes una base esencial de su consentimiento en obligarse por el tratado en su totalidad; y
- c) la continuación del cumplimiento del resto del tratado no sea injusta.

### **Comentario**

1) El proyecto de conclusión 11 se refiere a las circunstancias en que solo algunas disposiciones de un tratado están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), mientras que otras no lo están. Al igual que el proyecto de conclusión 10, relativo a la nulidad de los tratados, este proyecto de conclusión sigue el enfoque general de la Convención de Viena de 1969, consistente en distinguir entre, por una parte, los tratados que, en el momento de su celebración, estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) y, por otra, los tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) que surja después de la celebración del tratado. El proyecto de conclusión también sigue de cerca el texto de las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena de 1969.

2) El primer párrafo del proyecto de conclusión 11 aborda los casos en que el tratado, en el momento de su celebración, está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). En virtud de la Convención de Viena de 1969, en tales casos el tratado pasa a ser nulo en su totalidad. El artículo 53 de la Convención establece que “es nulo [el] tratado”, y no la disposición pertinente del tratado. Además, el artículo 44, párrafo 5, de la Convención de Viena de 1969 establece expresamente que, en tales casos, no admitirá la separación de las disposiciones del tratado impugnadas. El tratado en su totalidad es nulo *ab initio*. Así pues, el proyecto de conclusión 11 deja claro que el tratado en su totalidad es nulo y que no es posible separar las disposiciones que están en oposición con normas imperativas de las demás disposiciones del tratado. En primer lugar, la expresión “nulo en su totalidad” del proyecto de conclusión tiene por objeto aclarar que todo el tratado es nulo, y no solo la disposición en oposición. En segundo lugar, para destacar este aspecto fundamental, en la segunda parte de la oración se afirma

explícitamente que “no se admitirá la división de las disposiciones del tratado”. La primera parte de la oración se inspira en el texto del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, mientras que la segunda parte se basa en el párrafo 5 del artículo 44 de la Convención, que excluye los casos de nulidad en virtud del artículo 53 de la aplicación de las reglas sobre divisibilidad del artículo 44. Se expresó la opinión de que podían darse casos en que, no obstante, estuviera justificada la separación de diferentes disposiciones de un tratado.

3) El segundo párrafo se refiere a las circunstancias en que un tratado (o disposiciones concretas de un tratado) está en oposición con una norma imperativa que surja después de la celebración del tratado. La formulación del segundo párrafo sigue de cerca la del párrafo 3 del artículo 44 de la Convención de Viena de 1969. Reconoce la posibilidad de división en los casos en que un tratado pase a ser nulo debido a la aparición de una norma imperativa de derecho internacional general después de la celebración del tratado.

4) El encabezamiento del segundo párrafo deja claro que, por regla general, un tratado pasa a ser nulo en su totalidad si está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), incluso en los casos en que la norma imperativa surja después de la celebración del tratado. Por esa razón, en la primera parte del encabezamiento del segundo párrafo del proyecto de conclusión 11 se dispone que un tratado que pase a ser nulo por la aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) terminará en su totalidad. Las palabras “a menos que” que figuran al final del encabezamiento significan que la división únicamente podrá tener lugar en los limitados casos previstos en los apartados a) a c). Los elementos enumerados en los apartados a) a c) son de carácter acumulativo. En otras palabras, deben darse los tres elementos para que las disposiciones que estén en oposición con una norma imperativa puedan separarse del resto del tratado.

5) Los elementos enumerados en el segundo párrafo del proyecto de conclusión 11 proceden del artículo 44, párrafo 3, de la Convención de Viena de 1969. El primer elemento, según el apartado a), es que las disposiciones que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) deben poder separarse del resto del tratado en lo que respecta a su aplicación. Esto significa que debe ser posible aplicar el resto del tratado sin las disposiciones que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Si las demás disposiciones cumplen la función de facilitar la aplicación de la disposición impugnada, es evidente que esa disposición no podrá separarse del resto del tratado en lo que respecta a su aplicación.

6) No basta con que sea posible aplicar el tratado sin la disposición impugnada. El apartado b) del segundo párrafo del proyecto de conclusión 11 establece que debe desprenderse del tratado o constar de otro modo que la aceptación de dichas disposiciones no ha constituido para ninguna de las partes una base esencial de su consentimiento en obligarse por el tratado en su totalidad. Incluso si un tratado pudiera aplicarse sin la disposición impugnada, sería contrario a la naturaleza consensual de los tratados que se aplicara sin una disposición que ha constituido “una base esencial” para su celebración, ya que sin esa disposición no habría habido consentimiento en el tratado.

7) De conformidad con el apartado c), la última condición que debe cumplirse para la separación de una disposición que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) que surja después de la celebración de un tratado es que la continuación del cumplimiento de las disposiciones del tratado no sea injusta. En este contexto, con la palabra “injusta” se pretende hacer referencia al equilibrio esencial de los derechos y obligaciones creados por el tratado, que solo podría verse alterado si algunas disposiciones se separaran y otras se mantuvieran. Además, para decidir si la continuación del cumplimiento del tratado sería “injusta”, se han de tomar en consideración no solo las repercusiones sobre las partes del tratado, sino también las repercusiones más allá de las partes, en caso de que sea pertinente y necesario. Para determinar si se cumplen las condiciones establecidas en el segundo párrafo deben tenerse en cuenta todas las

circunstancias pertinentes, como el objeto de la disposición, su relación con otras cláusulas del tratado y los trabajos preparatorios, entre otros factores<sup>826</sup>.

### **Conclusión 12**

#### **Consecuencias de la nulidad y la terminación de los tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)**

1. Las partes en un tratado que sea nulo por estar en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) en el momento de la celebración del tratado tendrán la obligación jurídica de:

a) eliminar en lo posible las consecuencias de todo acto que se haya realizado sobre la base de una disposición del tratado que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*); y

b) ajustar sus relaciones mutuas a la norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

2. La terminación de un tratado por la aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica creados por la ejecución del tratado antes de su terminación; sin embargo, esos derechos, obligaciones o situaciones podrán en adelante mantenerse únicamente en la medida en que su mantenimiento no esté por sí mismo en oposición con la nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

### **Comentario**

1) Una de las consecuencias de una oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) es que el tratado es nulo o, en caso de que la norma imperativa surja después de la aprobación del tratado, pasa a ser nulo. No obstante, un tratado puede tener consecuencias aunque sea nulo, por ejemplo, cuando las partes actúan en virtud de este. Esas consecuencias pueden manifestarse mediante la creación de derechos y obligaciones o el establecimiento de situaciones de hecho. El proyecto de conclusión 12 aborda las consecuencias de la nulidad de los tratados por estar en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Por consiguiente, guarda una estrecha relación con el proyecto de conclusión 10. El proyecto de conclusión 12 se ocupa de las consecuencias de un tratado que ha pasado a ser nulo.

2) Al igual que los proyectos de conclusión 10 y 11, el proyecto de conclusión 12 está estructurado sobre la base de la distinción entre los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969: los casos de nulidad por oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) existente y los casos de nulidad por oposición con una norma imperativa de derecho internacional general que surja después de la aprobación del tratado. Además, como los proyectos de conclusión 10 y 11, el proyecto de conclusión 12 se inspira en el texto de la Convención de Viena de 1969. Por último, como ocurre con el proyecto de conclusión 10, las consecuencias de la nulidad de un tratado están sujetas a los requisitos de procedimiento establecidos en el proyecto de conclusión 21.

3) El primer párrafo del proyecto de conclusión 12 se refiere a los casos en que un tratado es nulo por estar en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) en el momento de su celebración. El texto del párrafo se inspira en el texto del párrafo 1 del artículo 71 de la Convención de Viena de 1969, en el que se hace referencia a la situación en que “un tratado sea nulo en virtud del artículo 53”. Dado que en ese caso el tratado no llega a existir —aspecto esencial de la nulidad *ab initio*—, no es posible basarse en sus disposiciones. No obstante, puede que se hayan realizado actos de buena fe sobre la base del tratado nulo que hayan producido consecuencias particulares.

<sup>826</sup> Véase el párrafo 5) del comentario al artículo 41 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario...*, 1966, vol. II, pág. 261.



Para hacer frente a estas consecuencias, el primer párrafo del proyecto de conclusión 12 menciona dos obligaciones.

4) La primera obligación de las partes en el tratado nulo es eliminar en lo posible las consecuencias de todo acto que se haya realizado sobre la base de una disposición del tratado que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). En primer lugar, cabe señalar que la obligación es de eliminar “en lo posible”. Por lo tanto, no es una obligación de resultado, sino de comportamiento. Se reconoce que tal vez no sea posible eliminar las consecuencias en cuestión, pero se exige a los Estados que hagan todo lo que esté en su mano por eliminarlas. En segundo lugar, no es un deber de eliminar las consecuencias de todos los actos realizados sobre la base de cualquier parte del tratado, sino únicamente las consecuencias de los actos que se hayan realizado sobre la base de las disposiciones del tratado impugnadas. Así pues, aunque el tratado sea nulo en su totalidad, no hay obligación de eliminar las consecuencias de los actos realizados sobre la base de disposiciones del tratado que no estén en oposición con normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). La segunda obligación, que se deriva de la primera, es que las partes deben ajustar sus relaciones mutuas a la norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Esto significa que, en el futuro, las partes en el tratado deberán velar por que sus relaciones estén en consonancia con la norma imperativa en cuestión. Así, mientras que la primera obligación se refiere al comportamiento pasado, la segunda se refiere al comportamiento futuro.

5) El segundo párrafo se refiere a la situación prevista en el artículo 64 de la Convención de Viena de 1969, a saber, los casos en que un tratado pasa a ser nulo por la aparición de una norma imperativa después de la aprobación del tratado. El texto del segundo párrafo del proyecto de conclusión 12 se inspira en el texto del párrafo 2 del artículo 71 de la Convención de Viena de 1969. Cabe reiterar que, en estos casos, el tratado solo pasa a ser nulo tras la aparición de la norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). En otras palabras, durante el período comprendido entre la aprobación del tratado y la aparición de la norma imperativa, el tratado sigue siendo válido y, por consiguiente, los actos realizados y los derechos y obligaciones creados en virtud de este siguen siendo válidos. Por lo tanto, no puede haber ninguna obligación de eliminar las consecuencias de los actos realizados válidamente. En el proyecto de conclusión se afirma que la terminación de un tratado por estar en oposición con una norma imperativa que surja después de su aprobación no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica creados por la ejecución del tratado antes de su terminación. Así pues, si bien el tratado pasa a ser nulo, los derechos, obligaciones o situaciones jurídicas creados en virtud del cumplimiento legítimo de las disposiciones del tratado no se verán afectados. No obstante, esos derechos, obligaciones o situaciones jurídicas únicamente podrán mantenerse o invocarse en la medida en que la continuación de su existencia no constituya en sí misma una violación de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

### **Conclusión 13**

#### **Falta de efecto de las reservas a los tratados en las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)**

1. Una reserva a una disposición de un tratado que refleje una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) no afectará al carácter vinculante de esa norma, que continuará siendo de aplicación como tal.

2. Una reserva no podrá excluir ni modificar los efectos jurídicos de un tratado de manera contraria a una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

### **Comentario**

1) El proyecto de conclusión 13 se refiere a los efectos de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) en las normas de derecho internacional relativas a las reservas a los tratados. El proyecto de conclusión no tiene por objeto regular las reservas, que se tratan en los artículos 19 a 23 de la Convención de Viena de 1969. Se basa en los efectos de las reservas previstos en la Convención.

2) El primer párrafo se refiere al caso en que se formula una reserva a una disposición de un tratado que refleje una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). El texto del primer párrafo del proyecto de conclusión 13 se basa en la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados aprobada por la Comisión<sup>827</sup>. Establece que una reserva a una disposición de un tratado que refleje una norma imperativa no afectará al carácter vinculante de esa norma, que continuará siendo de aplicación como tal. La expresión “como tal” tiene por objeto indicar que, incluso cuando se refleje en una disposición de un tratado, una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) mantendrá su validez con independencia de la disposición del tratado. Esto significa que, si bien la reserva puede perfectamente afectar a la disposición del tratado y a la aplicación de esta, la norma, como norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), no se verá afectada y seguirá siendo de aplicación. La regla reflejada en este párrafo del proyecto de conclusión 13 es consecuencia del funcionamiento normal del derecho internacional. Se deriva, en particular, del hecho de que la disposición del tratado respecto de la que se ha formulado una reserva y la norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) en cuestión existen por separado<sup>828</sup>.

3) La regla del primer párrafo del proyecto de conclusión 13 no se refiere a la validez de la reserva. La validez o no de la reserva y las consecuencias de cualquier nulidad son cuestiones que se rigen por las normas de la Convención de Viena de 1969. Sería exagerado prohibir sin más toda reserva a una disposición de un tratado que refleje una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), ya que esa valoración debe depender siempre de la determinación del objeto y el fin del tratado en cuestión, ejercicio que solo puede hacerse mediante la interpretación de cada tratado en particular. No obstante, es importante destacar que, con independencia de la validez de la reserva en cuestión, un Estado no puede eludir el carácter vinculante de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) formulando una reserva a una disposición convencional que refleje esa norma.

4) El segundo párrafo del proyecto de conclusión 13 se refiere a las reservas que, a primera vista, son neutrales y no afectan a normas imperativas, pero cuya aplicación sería contraria a una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Tales reservas son nulas. Sobre la base del párrafo 2 de la directriz 4.4.3 de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, el proyecto de conclusión 13 establece que una reserva no podrá excluir ni modificar los efectos jurídicos de un tratado de manera contraria a una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). El ejemplo típico indicado en el comentario a la directriz 4.4.3 es el de una reserva “que tuviera por objeto excluir a determinada categoría de personas del ejercicio de ciertos derechos reconocidos en virtud del tratado”<sup>829</sup>. El derecho a la educación, aunque es muy importante, no es, en este momento, una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Así pues, la formulación de una reserva a una disposición de un tratado que proclame el derecho a la educación no sería, como tal, contraria a una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) ni constituiría una reserva a una disposición de un tratado que refleje una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). No obstante, es perfectamente posible considerar que una reserva que limite el ejercicio de ese derecho a un determinado grupo racial o que excluya a un determinado grupo racial del disfrute del derecho reconocido en el tratado contraviene la norma imperativa de derecho internacional general generalmente reconocida que prohíbe la discriminación racial<sup>830</sup>.

<sup>827</sup> Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/66/10/Add.1)*, directriz 4.4.3.

<sup>828</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (véase la nota 741 *supra*), págs. 93 y 94, párr. 175 (donde se aborda esta cuestión en el contexto de una reserva a una declaración que reconoce como obligatoria la competencia de la Corte en virtud del Artículo 36, párrafo 2, de su Estatuto).

<sup>829</sup> Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados (véase la nota 827 *supra*), párrafo 5) del comentario a la directriz 4.4.3.

<sup>830</sup> Véase, por ejemplo, el párrafo 5) del comentario al artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 90.

### Conclusión 14

#### Normas de derecho internacional consuetudinario que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)

1. Una norma de derecho internacional consuetudinario no llegará a existir si está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Ello se entenderá sin perjuicio de la posible modificación de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

2. Una norma de derecho internacional consuetudinario que no tenga carácter imperativo dejará de existir cuando esté en oposición con una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) y en la medida en que lo esté.

3. La regla del objetor persistente no será de aplicación a las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

#### Comentario

1) El proyecto de conclusión 14 se ocupa de las consecuencias de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) para el derecho internacional consuetudinario. Consta de tres párrafos. El primer párrafo se refiere a las consecuencias que tiene una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) existente en la formación de una nueva norma de derecho internacional consuetudinario. El segundo párrafo se refiere a las consecuencias que tiene una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) en las normas de derecho internacional consuetudinario existentes. El tercer párrafo se refiere a la inaplicabilidad de la regla del objetor persistente. Los dos primeros párrafos reflejan el proyecto de conclusión 10, que distingue entre la situación de un tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), por una parte, y la de un tratado que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) que surja después de la celebración del tratado, por otra.

2) En la primera oración del primer párrafo del proyecto de conclusión 14 se establece que una norma de derecho internacional consuetudinario no llegará a existir si está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Las palabras “no llegará a existir” tienen por objeto indicar que, incluso si se aprecian elementos constitutivos del derecho internacional consuetudinario, una norma de derecho internacional consuetudinario no llegará a existir si la presunta norma está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). A diferencia de lo que ocurre con los tratados, en este caso el término “nulo” no es apropiado porque, para empezar, la supuesta norma de derecho internacional consuetudinario no llega a existir.

3) Las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) son jerárquicamente superiores a otras normas de derecho internacional y, por lo tanto, tienen precedencia sobre ellas en caso de oposición. Las decisiones de las cortes y tribunales nacionales han reconocido que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) prevalecen sobre las normas de derecho internacional consuetudinario que estén en oposición con ellas. En la causa *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos consideró que, en efecto, el *ius cogens* tenía primacía sobre todas las normas de derecho internacional y señaló que las normas que habían alcanzado el rango de *ius cogens* prevalecían sobre los acuerdos internacionales y otras normas de derecho internacional que estuvieran en oposición con ellas y los anulaban<sup>831</sup>. La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina también ha declarado que los crímenes de lesa humanidad revisten “carácter de *ius cogens*,”

<sup>831</sup> *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* (véase la nota 708 *supra*), pág. 715 (donde se cita *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* (1987), art.102, comentario k).

de modo que [la prohibición] se encuentra no solo por encima de los tratados, sino incluso por sobre todas las fuentes del derecho”<sup>832</sup>.

4) La tesis de que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) prevalecen sobre las normas de derecho internacional consuetudinario que estén en oposición con ellas también se ha reconocido en decisiones de cortes y tribunales internacionales. En la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, la Corte Internacional de Justicia observó que, según Italia, “las normas de *ius cogens* siempre prevalecen sobre cualquier norma de derecho internacional incompatible, ya sea convencional o de derecho internacional consuetudinario”<sup>833</sup>. La Corte no rechazó ese argumento, pero se negó a constatar la existencia de una oposición entre la regla sobre las inmunidades del Estado en los procedimientos civiles y normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)<sup>834</sup>. La superioridad jerárquica de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) sobre el derecho internacional consuetudinario también se reconoció en el asunto *Al-Adsani c. el Reino Unido*, en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó, teniendo en cuenta la causa *Fiscalía c. Furundžija*, que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) eran normas que, en la jerarquía internacional, gozaban de un rango superior al derecho de los tratados e incluso a las normas consuetudinarias “ordinarias”<sup>835</sup>. Las consecuencias de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) en la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario que esté en oposición con ellas se reflejan acertadamente en la opinión disidente conjunta de los Magistrados Rozakis y Caflisch en el asunto *Al-Adsani c. el Reino Unido*:

Al aceptar que la norma sobre la prohibición de la tortura es una norma de *ius cogens*, la mayoría reconoce que es jerárquicamente superior a cualquier otra norma de derecho internacional, puesto que la característica básica de una norma de *ius cogens* es que tiene precedencia sobre cualquier otra norma que no tenga ese carácter. En caso de oposición entre una norma de *ius cogens* y cualquier otra norma de derecho internacional, prevalece la primera<sup>836</sup>.

5) La regla enunciada en la primera oración del primer párrafo del proyecto de conclusión 14, según la cual una norma de derecho internacional consuetudinario no llegará a existir si está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), se deduce del hecho de que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) prevalecen sobre las normas de derecho internacional consuetudinario que están en oposición con ellas. Así, en la causa *The Kenya Section of the International Commission of Jurists v. the Attorney-General and Others*, el Tribunal Superior de Kenya afirmó que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) hacían que cualquier otra norma imperativa que estuviera en oposición con ellas pasara a ser nula<sup>837</sup>.

<sup>832</sup> Julio Héctor Simón y otros *s/privación ilegítima de la libertad* (véase la nota 724 *supra*), párr. 48.

<sup>833</sup> *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, fallo, *I.C.J. Reports* 2012, págs. 99 y ss., en especial pág. 140, párr. 92.

<sup>834</sup> *Ibid.*, párrs. 92 y 93. Véase, a este respecto, Ulf Linderfalk, *Understanding Jus Cogens in International Law and International Legal Discourse* (de próxima publicación, 2019), sección 1.3.1 (entre otros ejemplos, se cita la regla de prioridad confirmada de manera implícita por la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*: en caso de oposición entre una norma de *ius cogens* y una norma de derecho internacional consuetudinario, los Estados deben atenerse a la primera).

<sup>835</sup> *Al Adsani v. the United Kingdom* (véase la nota 706 *supra*), párr. 60. Véase también *Prosecutor v. Furundžija* (nota 699 *supra*), párr. 153.

<sup>836</sup> Opinión disidente conjunta de los Magistrados Rozakis y Caflisch (a la que se adhirieron los Magistrados Wildhaber, Costa, Cabral Barreto y Vajić) en *Al-Adsani v. the United Kingdom* (véase la nota 706 *supra*), párr. 1. Véase también T. Kleinlein (nota 764 *supra*), pág. 187 (donde se afirma que es relativamente fácil observar una jerarquía estructural entre el *ius cogens* y las normas consuetudinarias regionales o locales).

<sup>837</sup> *The Kenya Section of the International Commission of Jurists v. the Attorney-General and Others* (véase la nota 748 *supra*). Véase también *C v. Director of Immigration*, HCAL 132/2006, [2008] 2 HKC 165, [2008] HKCFI 109, ILDC 1119 (HK 2008), 18 de febrero de 2008, párr. 75.

6) En la segunda oración del primer párrafo del proyecto de conclusión 14 se establece que el principio general enunciado en la primera oración se entenderá sin perjuicio de la posible modificación de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. Esto se basa en el reconocimiento de que, como se establece en el proyecto de conclusión 5, el derecho internacional consuetudinario es la base más común de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) y que, por consiguiente, es probable que la modificación de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) tenga lugar por la aceptación y el reconocimiento ulteriores de una norma de derecho internacional consuetudinario como norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) o por la aparición de una nueva norma de derecho internacional consuetudinario así aceptada y reconocida. No obstante, para poder modificar una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), la norma de derecho internacional consuetudinario en cuestión debe tener el mismo carácter que la norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) que se modifica. La expresión “que tenga el mismo carácter”, que procede del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, indica que esa norma de derecho internacional consuetudinario debe ser en sí misma reconocida y aceptada como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) ulterior. El hecho de que una norma de derecho internacional consuetudinario solo pueda dejar sin efecto a una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), y, por tanto, modificarla, si esa norma de derecho internacional consuetudinario también tiene carácter imperativo se corrobora en la sentencia de la Queen’s Bench Division del Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales en la causa *R (Mohamed) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, que, tras referirse a la superioridad jerárquica de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), afirmó que los Estados no podían dejarlas sin efecto mediante tratados o normas de derecho consuetudinario que no tuvieran el mismo carácter<sup>838</sup>.

7) El segundo párrafo del proyecto de conclusión 14 se refiere a los casos en que una norma de derecho internacional consuetudinario, que en el momento de su formación no estaba en oposición con normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) existentes, está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) que surge después de la formación de la norma de derecho internacional consuetudinario. Establece que esa norma de derecho internacional consuetudinario “dejará de existir cuando esté en oposición con una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) y en la medida en que lo esté”. La expresión “dejará de existir” indica que, si bien, antes de la aparición de la nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), la norma de derecho internacional consuetudinario estaba en vigor, esta dejará de existir en el momento en que surja la norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Las palabras “cuando [...] y en la medida en que” tienen por objeto indicar que solo dejarán de existir las partes de la norma de derecho internacional consuetudinario en cuestión que estén en oposición con la norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Tienen una función similar a la de una disposición sobre divisibilidad, a fin de conservar las partes de la norma de derecho internacional consuetudinario que sean compatibles con la norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Las palabras “cuando [...] y en la medida en que” no tienen cabida en el primer párrafo del proyecto de conclusión 14 porque, cuando haya una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) preexistente, la norma de derecho internacional consuetudinario en cuestión no llegará a existir en absoluto.

<sup>838</sup> *R (Mohamed) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [2008] EWHC 2048 (Admin), [2009] 1 WLR 2579, párr. 142 ii). Véase también A. Caro de Beer y D. Tladi, “The use of force against Syria in response to alleged use of chemical weapons by Syria: a return to humanitarian intervention?”, *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 79, núm. 2 (2019), pág. 217, donde los autores señalan que, si la prohibición del uso de la fuerza se considerara una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), solo podría surgir una norma ulterior de derecho internacional consuetudinario si se “aceptara y reconociera” el carácter imperativo de esta, de manera que modificara la norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) preexistente.

8) El tercer párrafo del proyecto de conclusión 14 aborda de la regla del objeto persistente. Establece que la regla del objeto persistente no será de aplicación a las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). En el proyecto de conclusión 15 del proyecto de conclusiones de la Comisión sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario se afirma que una norma de derecho internacional consuetudinario no será oponible a un Estado que haya objetado de manera persistente a esa norma de derecho internacional consuetudinario mientras se encontraba en proceso de formación siempre que ese Estado mantenga su objeción. No obstante, en ese proyecto de conclusión también se afirma que esta regla se entiende sin perjuicio de toda cuestión relativa a normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)<sup>839</sup>.

9) La regla de que la objeción persistente no es de aplicación a las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) se deriva de la aplicabilidad universal y la superioridad jerárquica de esas normas, reflejadas en el proyecto de conclusión 3<sup>840</sup>. Esto significa que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) son aplicables a todos los Estados. A este respecto, el Tribunal Supremo Federal de Suiza afirmó, en la causa *Youssef Mustapha Nada gegen Staatssekretariat für Wirtschaft, Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement*, que las normas de *ius cogens* eran vinculantes para *todos los sujetos* de derecho internacional<sup>841</sup>. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha concluido que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) “vinculan a todos los Estados”<sup>842</sup>. La regla de que, en virtud de su aplicabilidad universal y su superioridad jerárquica, las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) no pueden estar sujetas a la regla del objeto persistente se ha reflejado en declaraciones de Estados<sup>843</sup>. Concretamente, en respuesta a un argumento

<sup>839</sup> Proyecto de conclusión 15 del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 70º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/73/10)*, pág. 131.

<sup>840</sup> Con respecto a la aplicabilidad universal de estas normas, véase, por ejemplo, la declaración escrita del Gobierno de México, de 19 de junio de 1995, acerca de la petición de una opinión consultiva presentada a la Corte Internacional de Justicia por la Asamblea General en su cuadragésimo noveno período de sesiones (resolución 49/75K), párr. 7 (donde se afirma que esas normas tienen un carácter jurídicamente vinculante para todos los Estados (*ius cogens*)).

<sup>841</sup> *Youssef Mustapha Nada gegen Staatssekretariat für Wirtschaft, Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement* (véase la nota 698 *supra*), párr. 7.

<sup>842</sup> *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados* (véase la nota 731 *supra*), pág. 134, párrs. 4 y 5.

<sup>843</sup> Véase también la República Islámica del Irán, “el concepto de ‘objeto persistente’ no tiene [...] cabida en la formación del *ius cogens*”) (A/C.6/68/SR.26, párr. 4). Véanse además las declaraciones formuladas por los Estados en las sesiones de 2016 y 2018 de la Sexta Comisión (tema 78 del programa: informe de la Comisión de Derecho Internacional), en particular las siguientes: Brasil “acoge con beneplácito la aclaración que figura en el proyecto de conclusión 15 [del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario] en el sentido de que la inclusión de la norma del objeto persistente se entenderá sin perjuicio de cualquier cuestión de *ius cogens*” (A/C.6/71/SR.22, párr. 18); Chile declaró que, “[e]n el caso de las normas de *ius cogens*, no tiene cabida la figura del objeto persistente” (A/C.6/71/SR.21, párr. 102); Chipre “acoge con satisfacción que el párrafo 3 [del proyecto de conclusión 15 del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario] se entienda sin perjuicio de toda cuestión relativa a normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)” (A/C.6/73/SR.23, párr. 43); El Salvador “coincide con el Relator Especial en que la figura del objeto persistente resulta incompatible con las normas de *ius cogens*” (A/C.6/71/SR.25, párr. 63); Finlandia, en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), “acog[e] con beneplácito la inclusión en el proyecto de conclusiones [sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario] de la regla del objeto persistente [...] No obstante, es preciso tener en cuenta la categoría de la norma a la que el Estado se haya opuesto, y prestar especial atención al respeto universal de las normas fundamentales, en particular las que atañen a la protección de las personas” (A/C.6/71/SR.20, párr. 52); Grecia “reitera las dudas que en su delegación suscita la aplicabilidad de la norma del objeto persistente en relación no solo con las normas de *ius cogens*, sino también con la categoría más amplia de los principios generales del derecho internacional” (A/C.6/71/SR.22, párr. 10); Islandia, hablando en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), declaró que “el concepto de objeto persistente no es compatible con el de

sobre la regla del objetor persistente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Michael Domingues Vs. Estados Unidos*, determinó que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) “obligan a la comunidad internacional como un todo, independientemente de la protesta, el reconocimiento o la aquiescencia”<sup>844</sup>.

10) Una de las cuestiones que se plantea en la doctrina es si una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) puede llegar a surgir frente a la objeción persistente de uno o algunos Estados<sup>845</sup>. Puede hacerlo, porque la objeción persistente de algunos Estados a una norma de derecho internacional consuetudinario no impide que la norma surja, sino que simplemente hace que esa norma no sea oponible al Estado o los Estados de que se trate siempre que se mantenga la objeción. Por esa razón, la regla del objetor persistente no impide la aparición de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) basada en una norma de derecho internacional consuetudinario a la que uno o más Estados hayan objetado de manera persistente. Al mismo tiempo, si una norma de derecho internacional consuetudinario a la que un Estado haya objetado de manera persistente pasa a ser 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 carácter, el efecto de la objeción persistente desaparece.

11) La existencia o no de dicha aceptación y reconocimiento de una norma de derecho internacional general (*ius cogens*) puede verse afectada por las objeciones. De conformidad con el segundo párrafo del proyecto de conclusión 7, la expresión “comunidad internacional de Estados en su conjunto” no requiere la aceptación y el reconocimiento de todos los Estados, pero sí de una mayoría muy amplia. Así pues, cuando varios Estados objetan de manera persistente a una norma de derecho internacional consuetudinario, esas objeciones pueden no ser suficientes para impedir la aparición de la norma de derecho internacional consuetudinario, pero sí pueden serlo para impedir que la norma sea reconocida como norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). En otras palabras, en la medida en que esa objeción persistente implique que la comunidad internacional de Estados en su conjunto no acepta ni reconoce la norma en cuestión como norma que no admite acuerdo en contrario, no puede surgir una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

12) Se expresó la opinión de que la “objeción persistente” a una norma de derecho internacional consuetudinario no debía considerarse una “regla”, sino más bien una “doctrina”. No obstante, la Comisión decidió utilizar la expresión “regla del objetor persistente” por ser un concepto calificado a menudo de “regla” y porque la Comisión ya lo ha calificado de “regla” o de “doctrina” en su labor anterior<sup>846</sup>.

13) El proyecto de conclusión 14, a la hora de su aplicación, ha de leerse conjuntamente con la regla de interpretación enunciada en el proyecto de conclusión 20 y con los requisitos de procedimiento establecidos en el proyecto de conclusión 21.

---

*ius cogens*” (A/C.6/71/SR.24, párr. 63); México afirmó que “no cabe alegar la objeción persistente tratándose de normas de esa categoría [*ius cogens*]” (A/C.6/71/SR.22, párr. 25); Eslovenia “está de acuerdo con el enunciado de que las normas de *ius cogens* son de naturaleza especial y excepcional y reflejan los valores comunes y fundamentales de la comunidad internacional. Por ese motivo, su delegación reafirma su opinión de que la figura del objetor persistente es incompatible con la naturaleza del *ius cogens*” (A/C.6/71/SR.26, párr. 114); Sudáfrica “está de acuerdo con [la] observación preliminar [del Relator Especial] de que no puede haber ninguna objeción a las normas de *ius cogens*” (A/C.6/71/SR.26, párr. 86); y España afirmó que “es lamentable que, en el proyecto de conclusión 15 [del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario], no se haya señalado específicamente la inaplicabilidad de la objeción persistente respecto de las normas imperativas de derecho internacional general” (A/C.6/73/SR.21, párr. 91).

<sup>844</sup> *Michael Domingues Vs. Estados Unidos* (véase la nota 706 *supra*), párr. 49.

<sup>845</sup> C. Mik, “*Jus cogens* in contemporary international law”, *Polish Yearbook of International Law*, vol. 33, núm. 27 (2013) pág. 50. Véase también D. Costelloe (nota 694 *supra*), págs. 21 a 23.

<sup>846</sup> Por ejemplo, véase el comentario a la cuarta parte, así como el párrafo 4) del comentario a la conclusión 15 de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario.

### Conclusión 15

#### Obligaciones creadas por actos unilaterales de los Estados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)

1. Un acto unilateral de un Estado por el que manifieste la intención de quedar vinculado por una obligación de derecho internacional que estuviera en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) no creará tal obligación.

2. Una obligación de derecho internacional creada por un acto unilateral de un Estado dejará de existir cuando esté en oposición con una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) y en la medida en que lo esté.

#### Comentario

1) En el proyecto de conclusión 15 se abordan las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) para los actos unilaterales de los Estados por los que manifiesten la intención de quedar vinculados por una obligación de derecho internacional<sup>847</sup>. Se basa en el entendimiento de que los actos unilaterales pueden, en determinadas condiciones que se describen a continuación, imponer obligaciones al Estado que realiza el acto unilateral. En el primer párrafo del proyecto de conclusión 15 se abordan los casos en los que el acto unilateral, en el momento de su realización, está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Se dispone que, en tales casos, el acto unilateral no creará tal obligación. Esta consecuencia de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) es similar a las previstas en la primera oración del proyecto de conclusión 10 y en el primer párrafo del proyecto de conclusión 14 del presente proyecto de conclusiones, a saber, que ninguna obligación llegará a existir en absoluto.

2) El primer párrafo del proyecto de conclusión 15 se inspira del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969<sup>848</sup>. La Comisión, en sus Principios Rectores Aplicables a las Declaraciones Unilaterales de los Estados Capaces de Crear Obligaciones Jurídicas, formuló la regla del siguiente modo: “Es nula toda declaración unilateral que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general”<sup>849</sup>. Aunque en los Principios Rectores se utiliza la expresión “es nula” en el contexto de una declaración, en el presente proyecto de conclusión se utilizan las expresiones más generales “no creará tal obligación” y “dejará de existir” a fin de reflejar más fielmente el contexto más general del proyecto de conclusión, que aborda los actos unilaterales en un sentido más general. Por lo tanto, se centra la atención en las obligaciones jurídicas que se pretende crear con el acto unilateral en cuestión. Como se indica en el primer párrafo, esas obligaciones no se crearán si están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

3) El segundo párrafo se refiere a los casos en que surge una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) después de la creación de una obligación de derecho internacional resultante de un acto unilateral. Este párrafo tiene un alcance distinto del primero porque se refiere a obligaciones que ya han sido creadas por un acto unilateral. El segundo párrafo dispone que esa obligación dejará de existir si, después de su creación,

<sup>847</sup> Así, este proyecto de conclusión tiene más alcance que los Principios Rectores Aplicables a las Declaraciones Unilaterales de los Estados Capaces de Crear Obligaciones Jurídicas, aprobados por la Comisión de Derecho Internacional en 2006, que “solo versan sobre los actos unilaterales *stricto sensu*, es decir, los que adoptan la forma de declaraciones formales formuladas por un Estado con la intención de producir obligaciones en virtud del derecho internacional” (quinto párrafo del preámbulo de los Principios Rectores).

<sup>848</sup> Véase la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados (nota 827 *supra*), párrafo 18) del comentario a la directriz 3.1.5.3, en el que se afirma que es cierto que “la norma que prohíbe dejar sin efecto una norma de *ius cogens* se refiere no solo a las relaciones convencionales, sino también a todos los actos jurídicos, incluidos los actos unilaterales”.

<sup>849</sup> Principio rector 8, *Anuario...*, 2006, vol. II (segunda parte), pág. 177.



está en oposición con una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). El segundo párrafo del proyecto de conclusión 15 es similar al segundo párrafo del proyecto de conclusión 10 y al segundo párrafo del proyecto de conclusión 14. Reconoce que, en esas circunstancias, las obligaciones nacen, pero solo dejarán de existir en el momento en que surja una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). La regla que establece el segundo párrafo del proyecto de conclusión 15 se inspira en el artículo 64 de la Convención de Viena de 1969.

4) Las obligaciones que emanen de un acto unilateral que esté en oposición con una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) surgida después de que se haya realizado el acto unilateral solo dejarán de existir en la medida en que tales obligaciones sean incompatibles con la nueva norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Al igual que en el segundo párrafo del proyecto de conclusión 14, las palabras “cuando [...] y en la medida en que” tienen por objeto indicar que solo dejarán de existir los aspectos de la obligación en cuestión que estén en oposición con la norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Los demás aspectos de la obligación seguirían existiendo y siendo de aplicación, pero únicamente si es posible mantenerlos sin los aspectos de las obligaciones que dejan de existir.

5) El proyecto de conclusión 15 no se refiere a todos los actos unilaterales, ni a todos los actos que crean obligaciones. Se refiere a los actos unilaterales realizados por un Estado con la intención de crear obligaciones únicamente para el propio Estado. Este proyecto de conclusión no se refiere a las fuentes de las obligaciones, como los tratados y el derecho internacional consuetudinario, que se abordan en proyectos de conclusión anteriores. Tampoco se ocupa de las reservas, que se abordan en el proyecto de conclusión 13. Además, el proyecto de conclusión 15 no abarca otros actos en oposición con normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), que se abordan en otros proyectos de conclusión relativos a la responsabilidad por hechos ilícitos con arreglo al derecho internacional. Por ejemplo, los actos unilaterales que no tengan por objeto imponer obligaciones al Estado pero que, sin embargo, constituyan una violación de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) se abordan en los proyectos de conclusión 17, 18, 19 y 22 del presente proyecto de conclusiones. El proyecto de conclusión 15 se ocupa únicamente de los actos unilaterales por los que un Estado manifiesta la intención de asumir obligaciones unilateralmente, y no de otros actos<sup>850</sup>.

6) El primer párrafo del proyecto de conclusión 15 describe el acto unilateral en cuestión como un acto por el que se “manifieste la intención de quedar vinculado por una obligación de derecho internacional”. Así pues, el Estado que realiza el acto unilateral debe tener la intención de establecer obligaciones de derecho internacional. Esto hace necesario determinar la intención del Estado que realiza el acto unilateral. En la causa relativa a la *Controversia fronteriza (Burkina Faso/República de Mali)*, la Corte Internacional de Justicia señaló que, a la hora de determinar si un acto unilateral podía crear obligaciones, “todo dependía de la intención del Estado en cuestión”<sup>851</sup>. Las palabras “por el que manifieste la intención” pretenden transmitir que, si bien lo que se busca es la intención subjetiva del Estado, esta debe determinarse a partir de los hechos y circunstancias generales de cada caso en particular<sup>852</sup>. Por lo tanto, debe determinarse la intención subjetiva sobre la base de hechos objetivos. En palabras de la Corte Internacional de Justicia, si un acto unilateral tuvo por objeto crear una obligación jurídica es algo que debe “determinarse mediante la interpretación del acto”<sup>853</sup>. Del mismo modo, el segundo párrafo del proyecto de conclusión 15 solo es aplicable a los actos unilaterales descritos en el párrafo 5).

<sup>850</sup> *Ibid.*, comentario al principio rector 2.

<sup>851</sup> *Causa Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 554 y ss., en especial pág. 573, párr. 39. Véase también *Nuclear Tests (Australia v. France)*, fallo, *I.C.J. Reports 1974*, págs. 253 y ss., en especial pág. 267, párr. 43 (“Cuando el Estado autor de la declaración tiene la intención de quedar obligado de conformidad con sus términos, esa intención confiere a la declaración el carácter de compromiso jurídico y el Estado interesado queda en lo sucesivo obligado jurídicamente a seguir una línea de conducta conforme a su declaración”).

<sup>852</sup> *Frontier Dispute* (véase la nota 851 *supra*), párr. 40.

<sup>853</sup> *Nuclear Tests* (véase la nota 851 *supra*), párr. 44.

7) El proyecto de conclusión 15 es aplicable a los actos unilaterales de los Estados. En el proyecto de conclusión 16 se abordan los actos unilaterales de una organización internacional que creen o tengan por objeto crear obligaciones para esa organización internacional. El hecho de que el proyecto de conclusión 15 sea de aplicación a los actos unilaterales de los Estados se entiende sin perjuicio de las posibles consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) para los actos unilaterales de los actores no estatales.

8) El proyecto de conclusión 15, a la hora de su aplicación, ha de leerse conjuntamente con la regla de interpretación enunciada en el proyecto de conclusión 20 y con los requisitos de procedimiento establecidos en el proyecto de conclusión 21.

### **Conclusión 16**

#### **Obligaciones creadas por resoluciones, decisiones u otros actos de organizaciones internacionales que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)**

Una resolución, decisión u otro acto de una organización internacional que de otro modo tendría efecto vinculante no creará obligaciones de derecho internacional cuando esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) y en la medida en que lo esté.

### **Comentario**

1) El proyecto de conclusión 16 se refiere a las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) para las resoluciones, decisiones y otros actos de organizaciones internacionales.

2) El proyecto de conclusión 16 es aplicable a las resoluciones, decisiones u otros actos de organizaciones internacionales, con independencia de su designación. La expresión “resolución, decisión u otro acto” de una organización internacional pretende transmitir el mismo sentido que la descripción de “resolución” que figura en el párrafo 2) del comentario al proyecto de conclusión 12 del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario<sup>854</sup>. También abarca los actos unilaterales de organizaciones internacionales por los que manifiesten la intención de obligarse. Las palabras “que de otro modo tendría efecto vinculante” sirven para limitar el alcance del proyecto de conclusión a las resoluciones, decisiones y actos de organizaciones internacionales que normalmente tendrían efecto vinculante, de no ser por su oposición con la norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Entre los ejemplos de resoluciones, decisiones o actos de una organización internacional que de otro modo tendrían efecto vinculante cabe citar una decisión contenida en una resolución del Consejo de Seguridad, adoptada en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas<sup>855</sup>, o una decisión de la Asamblea General por la que se admita a un Estado como miembro de la Organización. La cuestión de si esas decisiones tienen efecto vinculante (o lo tendrían de otro modo) debe determinarse mediante una interpretación de la decisión de que se trate<sup>856</sup>.

<sup>854</sup> Véase el párrafo 2) del comentario al proyecto de conclusión 12 del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario. Véase el informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 70º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/73/10)*, pág. 160.

<sup>855</sup> En virtud del Artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas, que dispone que “[l]os Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad”, las decisiones adoptadas por el Consejo de Seguridad con arreglo al Capítulo VII de la Carta son vinculantes.

<sup>856</sup> *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia* (véase la nota 793 *supra*), pág. 53, párr. 114 (“Antes de llegar a una conclusión sobre el efecto vinculante de una resolución del Consejo de Seguridad, debe analizarse atentamente su tenor. Habida cuenta de la naturaleza de las facultades derivadas del Artículo 25, ha de determinarse en cada caso si estas se han ejercido realmente, teniendo en cuenta los términos de la resolución que ha de interpretarse, los debates que condujeron a su aprobación, las disposiciones de la Carta invocadas y, en general, todas

La Unión Europea también realiza actos en forma de directivas, reglamentos y decisiones, que son vinculantes para los Estados miembros. Otras organizaciones internacionales, como la Organización de Aviación Civil Internacional, la Unión Africana y la Organización Mundial del Comercio, pueden asimismo dictar resoluciones y decisiones o realizar otros actos que, de no ser por la regla enunciada en el presente proyecto de conclusión, tendrían efecto vinculante. Por consiguiente, el proyecto de conclusión 16 pretende ser amplio y abarcar todas las resoluciones, decisiones y actos que de otro modo establecerían obligaciones de derecho internacional.

3) Siguiendo el texto de los proyectos de conclusión 14 y 15, en el proyecto de conclusión 16 se afirma que las resoluciones, decisiones y otros actos descritos en el párrafo 2) no crearán obligaciones de derecho internacional cuando esas obligaciones estén en oposición con normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) y en la medida en que lo estén. Al igual que en el segundo párrafo del proyecto de conclusión 14 y el segundo párrafo del proyecto de conclusión 15, las palabras “cuando [...] y en la medida en que” tienen por objeto indicar que únicamente se verán afectadas por la aplicación del proyecto de conclusión aquellas obligaciones que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Otras obligaciones que no estén en oposición con normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) no se verán afectadas por la aplicación del proyecto de conclusión 16. Las disposiciones de una resolución, decisión u otro acto de una organización internacional que no estén en oposición con la norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) seguirán siendo de aplicación si pueden separarse del resto.

4) La regla establecida en el proyecto de conclusión 16, según la cual una resolución, decisión o acto no creará obligaciones de derecho internacional si esas obligaciones están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), se deriva de la superioridad jerárquica de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Si no pueden crearse normas de derecho internacional que sean incompatibles con normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) mediante tratados, derecho internacional consuetudinario ni actos unilaterales, tampoco podrán crearse mediante resoluciones, decisiones u otros actos de organizaciones internacionales. No obstante, el caso de las resoluciones, decisiones o actos del Consejo de Seguridad requiere un examen adicional, ya que, de conformidad con el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, las obligaciones contraídas en virtud de la Carta prevalecen sobre otras normas de derecho internacional<sup>857</sup>. Por esta razón, teniendo en cuenta la superioridad jerárquica de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), la Comisión consideró importante destacar que el proyecto de conclusión 16 también es de aplicación a las resoluciones, decisiones y actos vinculantes del Consejo de Seguridad<sup>858</sup>.

---

las circunstancias que puedan ayudar a determinar las consecuencias jurídicas de la resolución del Consejo de Seguridad”).

<sup>857</sup> El Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas dispone que, “[e]n caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”. Si bien esta disposición se refiere únicamente a los acuerdos internacionales, se ha interpretado en el sentido de que es aplicable al derecho internacional consuetudinario y, sin duda, a las resoluciones, decisiones y actos de otras organizaciones internacionales. Véase un análisis en el informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional (elaborado por Martti Koskenniemi) (A/CN.4/L.682, Corr.1 y Add.1), párrs. 344 y 345, en especial párr. 345 (“Por tanto, parece lógico sumarse a la opinión dominante de que el Artículo 103 debe interpretarse de manera extensiva, y afirmar que las obligaciones establecidas por la Carta prevalecen también sobre las obligaciones de derecho consuetudinario de los Estados Miembros de las Naciones Unidas”).

<sup>858</sup> En cuanto a las declaraciones de Estados, véanse, por ejemplo, Suiza, que, en nombre de Alemania, Suecia y Suiza, afirmó que “algunos tribunales también han expresado su voluntad de que se vele por que las acciones selectivas [del Consejo de Seguridad] respeten” las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), “que no pueden desestimar las Naciones Unidas ni los Estados Miembros” (S/PV.5446, pág. 31); y Qatar, que observó que, si bien, en virtud del Artículo 103 de la

5) La regla del proyecto de conclusión 16, a la hora de su aplicación, ha de leerse conjuntamente con la regla de interpretación enunciada en el proyecto de conclusión 20 y los requisitos de procedimiento establecidos en el proyecto de conclusión 21.

### **Conclusión 17**

#### **Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) como obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto (obligaciones *erga omnes*)**

1. Las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) generan obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto (obligaciones *erga omnes*), en las que todos los Estados tienen un interés jurídico.

2. Todo Estado tiene derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado por la violación de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), de conformidad con las normas sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

### **Comentario**

1) El proyecto de conclusión 17 se ocupa de las obligaciones *erga omnes*. Consta de dos párrafos. El primero afirma que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) generan obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto (obligaciones *erga omnes*). La relación entre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) y las obligaciones *erga omnes* se ha reconocido en la práctica de los Estados. La República Democrática del Congo (ex Zaire), por ejemplo, en una declaración ante la Sexta Comisión de la Asamblea General, propuso un tratado sobre la prohibición del uso de la fuerza y afirmó que dicho tratado debía tener un efecto *erga omnes* en vista de que la prohibición del uso de la fuerza era una norma imperativa de

---

Carta, las obligaciones dimanantes de resoluciones del Consejo de Seguridad prevalecían sobre otras obligaciones, no lo hacían sobre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) (S/PV.5779, pág. 26). Véanse también Argentina y Nigeria (S/PV.5474, pág. 22 y S/PV.5474 (Resumption 1), pág. 20, respectivamente); Finlandia, que, hablando en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), observó que había una “opinión generalizada de que las atribuciones del Consejo de Seguridad, aunque son excepcionalmente amplias, están limitadas por las normas imperativas de derecho internacional” (A/C.6/60/SR.18, párr. 18); e Irán (República Islámica del) (A/C.6/66/SR.7, párr. 84). Véanse otras opiniones de Estados en las intervenciones de los Estados Unidos (A/C.6/60/SR.20, párr. 36), que señalaron que “deben evitarse pronunciamientos generales acerca de la relación” entre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) y las resoluciones del Consejo de Seguridad, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (A/C.6/73/SR.27, párr. 73, donde se cita el párr. 5 del anexo de la declaración escrita) afirmó que no existía ninguna práctica de los Estados que apoyara el argumento de que un Estado podía negarse a acatar una resolución vinculante del Consejo de Seguridad alegando una violación de una norma de *ius cogens*, y la Federación de Rusia (A/C.6/73/SR.26, párr. 131), que destacó que los debates sobre la cuestión de las resoluciones del Consejo de Seguridad en relación con las normas de *ius cogens* “no se basan en ninguna práctica”, y que el proyecto de conclusión podría dar lugar a interpretaciones erróneas “que menoscabaran las actividades del Consejo de Seguridad”. En relación con las opiniones de las cortes y tribunales, véanse, por ejemplo, *R (On the Application of Al-Jedda) v. Secretary of State for Defence*, sentencia en apelación de 12 de diciembre de 2007, Cámara de los Lores [2008] 3 All ER 28 (Lord Bingham), párr. 35; *Youssef Nada gegen Staatssekretariat für Wirtschaft, Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement* (véase la nota 698 *supra*), párr. 7 (donde se afirma que, con todo, el *ius cogens*, el derecho imperativo vinculante para todos los sujetos de derecho internacional, marca el límite de la obligación de aplicar las resoluciones del Consejo de Seguridad. Por este motivo, ha de determinarse si, como afirman los demandantes, las resoluciones del Consejo de Seguridad que contienen las sanciones violan el *ius cogens*); *Tadić*, fallo, 15 de julio de 1999 (nota 152 *supra*), párr. 296; *Yassin Abdullah Kadi c. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas* (véase la nota 719 *supra*), párr. 226 (el Tribunal Europeo no abordó la cuestión en apelación).

derecho internacional general (*ius cogens*)<sup>859</sup>. Del mismo modo, la República Checa afirmó que “las obligaciones de *ius cogens* son *erga omnes* y no admiten excepción, ni siquiera por acuerdo”<sup>860</sup>. El Tribunal Federal de Australia, en la causa *Nulyarimma and Others v. Thompson*, también aceptó el argumento de las partes de que la prohibición del genocidio era una norma imperativa de derecho internacional consuetudinario (*ius cogens*) que generaba obligaciones *erga omnes* que no admitían acuerdo en contrario, es decir, obligaciones de cumplimiento forzoso de cada Estado nación para con la comunidad internacional en su conjunto<sup>861</sup>. Asimismo, en *Kane v. Winn*, el Tribunal de Distrito de Massachusetts de los Estados Unidos determinó que la prohibición de la tortura era una obligación *erga omnes* que, como norma de *ius cogens*, era imperativa y no admitía acuerdo en contrario<sup>862</sup>.

2) La Corte Internacional de Justicia no ha afirmado explícitamente que exista un vínculo entre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) y las obligaciones *erga omnes*. No obstante, ese vínculo puede deducirse de algunos de sus fallos y opiniones consultivas. En primer lugar, toda norma que la Corte haya señalado<sup>863</sup> que tiene carácter *erga omnes* también aparece en la lista no exhaustiva de normas a las que la Comisión se ha referido anteriormente como normas que tienen carácter imperativo. Esta lista se reproduce en el anexo del presente proyecto de conclusiones. En segundo lugar, la Corte ha hecho extensivas a las violaciones de esas obligaciones *erga omnes* las consecuencias jurídicas previstas en el artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (que se atribuyen a las violaciones de normas imperativas)<sup>864</sup>. La propia Comisión ha sido más explícita al reconocer la existencia de una estrecha relación entre las obligaciones *erga omnes* y las normas imperativas de

<sup>859</sup> Zaire (A/C.6/35/SR.32, párr. 38). Véase también la declaración de los Países Bajos en la 25ª sesión de la Sexta Comisión durante el cuadragésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General, en la que afirmó que “un crimen internacional siempre incluiría una infracción de *ius cogens* o de obligaciones *erga omnes*” (A/C.6/49/SR.25, párr. 38).

<sup>860</sup> Véanse también la República Checa (A/C.6/49/SR.26, párr. 19) y Burkina Faso (A/C.6/54/SR.26).

<sup>861</sup> *Nulyarimma and Others v. Thompson*, decisión en apelación de 1 de septiembre de 1999, [1999] FCA 1192, 165 ALR 621, 96 FCR 153, ILDC 2773 (AU 1999), párr. 81.

<sup>862</sup> *Kane v. Winn*, 31 F. Supp. 2d 162, 199 (D. Mass. 2004). Véase también *R and Office of the United Nations High Commissioner for Refugees v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Secretary of State for Home Affairs*, sentencia en apelación de 12 de octubre de 2006 del Tribunal Superior, [2006] ALL ER (D) 138, párr. 102, donde se hace referencia al *ius cogens erga omnes*. Véase también *Jorgic case, J (a Bosnian Serb)*, demanda individual, sentencia de 12 de diciembre de 2000 del Tribunal Constitucional de Alemania, 2 BvR 1290/99, ILDC 132 (DE 2000), párr. 17.

<sup>863</sup> Véase, por ejemplo, *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, opinión consultiva de 25 de febrero de 2019, párr. 180 (donde se considera que el derecho a la libre determinación tiene carácter *erga omnes*). Véase también *East Timor (Portugal v. Australia)* (nota 805 *supra*), pág. 102, párr. 29, donde la Corte calificó la afirmación de que la libre determinación tenía carácter *erga omnes* de “irreprochable”. En *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. 47, párr. 87, la Corte afirmó “que la Convención contra el Genocidio contiene obligaciones *erga omnes*” y “que la prohibición del genocidio tiene carácter de norma imperativa (*ius cogens*)”. Véanse *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (nota 805 *supra*), párrs. 88, 149 y 155; y *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (nota 805 *supra*), pág. 32, párrs. 33 y 34, donde la Corte determinó la existencia de “obligaciones que se derivan de la proscripción de los actos de agresión y de genocidio y la protección contra la esclavitud y la discriminación racial”. Véase también la conclusión 33) de las Conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (A/CN.4/L.702, pág. 22). Las conclusiones figuran también en el *Anuario...*, 2006, vol. II (segunda parte), párr. 251.

<sup>864</sup> Véase el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (*Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, párr. 76, y sus comentarios, párr. 77). Los artículos también figuran en la resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo, en su forma modificada por A/56/49 (Vol. I). Véanse, en particular, las causas *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965* (nota 863 *supra*), párr. 180, y *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (nota 805 *supra*), párr. 159.

derecho internacional general (*ius cogens*)<sup>865</sup>. La relación entre las normas imperativas y las obligaciones *erga omnes* también se ha reconocido en la doctrina<sup>866</sup>.

3) Aunque todas las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) generan obligaciones *erga omnes*, en general se considera que no todas las obligaciones *erga omnes* emanan de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)<sup>867</sup>. Por ejemplo, algunas normas relativas a los espacios comunes, en particular los regímenes que regulan el patrimonio común, pueden generar obligaciones *erga omnes* con independencia de que tengan carácter imperativo.

4) El primer párrafo del proyecto de conclusión 17 tiene por objeto reflejar, de manera general, la relación descrita anteriormente entre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) y las obligaciones *erga omnes*. Afirma que las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) “generan” obligaciones *erga omnes*. Esta formulación se basa en los artículos de la Comisión sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en los que las obligaciones *erga omnes* se describen como aquellas que “dimanan de normas imperativas de derecho internacional general”<sup>868</sup>. La expresión “en las que todos los Estados tienen un interés jurídico” describe la principal consecuencia del carácter *erga omnes* de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)<sup>869</sup>. Las palabras “interés jurídico” se refieren a la protección de la norma jurídica como tal, incluidos los derechos y obligaciones.

5) El segundo párrafo del proyecto de conclusión 17 se basa en el primer párrafo al describir una consecuencia específica de la conexión entre las obligaciones *erga omnes* y las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Describe, en términos más precisos, las implicaciones de la expresión “en las que todos los Estados tienen un interés jurídico” que figura en el primer párrafo. Esta consecuencia es que todo Estado tiene derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado que haya violado una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Las palabras utilizadas en el segundo párrafo del proyecto de conclusión 17 siguen el texto del artículo 48 de los artículos de la Comisión sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, que dispone que “todo Estado [...] tendrá derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado [...] si [...] la obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto”<sup>870</sup>. Aunque el proyecto de conclusión 17 se refiere a “la responsabilidad de otro Estado”, se

<sup>865</sup> Véase el capítulo III de la segunda parte de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en especial el párrafo 4) del comentario general a ese capítulo, en el que se afirma que “el reconocimiento del concepto de normas imperativas de derecho internacional” es un aspecto “que tiene una relación directa” con las obligaciones *erga omnes*, y el párrafo 7) del comentario general, en el que la Comisión afirma que “hay por lo menos una coincidencia sustancial entre” las obligaciones *erga omnes* y las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

<sup>866</sup> Véanse, por ejemplo, M. Cherif Bassiouni, “International crimes: *jus cogens* and *obligatio erga omnes*”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, núm. 4 (1996), pág. 63; I. Scobbie, “The invocation of responsibility for the breach of ‘obligations under peremptory norms of general international law’”, *European Journal of International Law*, vol. 13, núm. 5 (2002), pág. 1210 (donde se afirma que, tras la causa relativa a la *Barcelona Traction*, la Comisión viene considerando que las normas imperativas y las obligaciones “para con la comunidad internacional en su conjunto” son básicamente dos caras de la misma moneda); F. Forrest Martin, “Delineating a hierarchical outline of international law sources and norms”, *Saskatchewan Law Review*, vol. 65 (2002), pág. 353; S. Villalpando, *L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des États* (París, Presses Universitaires de France, 2005), pág. 106; C. Tomuschat, “Reconceptualizing the debate...” (nota 728 *supra*), pág. 430; A. Pellet, “Conclusions”, en Tomuschat y Thouvenin (*ibid.*).

<sup>867</sup> Véanse, por ejemplo, Villalpando (nota 866 *supra*) y Forrest Martin (nota 866 *supra*).

<sup>868</sup> Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, párrafo 7) del comentario general al capítulo III de la segunda parte.

<sup>869</sup> *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965* (véase la nota 863 *supra*), párr. 180 (“todos los Estados tienen un interés jurídico en proteger ese derecho”); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (véase la nota 805 *supra*), pág. 32, párr. 33 (“puede entenderse que todos los Estados tienen un interés jurídico en su protección”).

<sup>870</sup> *Ibid.*, art. 48, párr. 1 b).

entiende sin perjuicio de la responsabilidad de las organizaciones internacionales. Cabe recordar que, en virtud del artículo 49 de los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, un Estado o una organización internacional tienen derecho a invocar la responsabilidad de una organización internacional que haya violado una obligación que existe para con la comunidad internacional de Estados en su conjunto.

6) Con arreglo al segundo párrafo del proyecto de conclusión 17, el derecho de un Estado a invocar la responsabilidad de otro Estado que haya violado una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) deberá ejercerse de conformidad con las normas sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Con esta precisión se pretende poner de relieve la diferencia entre la invocación de la responsabilidad por un Estado lesionado y la invocación de la responsabilidad por cualquier otro Estado. Con arreglo a los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, el derecho de un Estado lesionado a invocar la responsabilidad de otro Estado por la violación de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) debe ejercerse de conformidad con el artículo 42; mientras que los terceros Estados tienen derecho a invocar la responsabilidad por esa violación con arreglo al artículo 48<sup>871</sup>. Al invocar la responsabilidad de otro Estado en calidad de Estado lesionado, el Estado lesionado tiene derecho a reclamar todas las formas de reparación previstas en el capítulo II de la segunda parte de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. No obstante, un Estado que, no siendo un Estado lesionado, invoque la responsabilidad de otro Estado que haya violado una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) solo podrá reclamar “la cesación del hecho internacionalmente ilícito y las seguridades y garantías de no repetición”<sup>872</sup>. Un Estado que no sea un Estado lesionado solo podrá reclamar reparaciones “en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada”, y no en su propio beneficio<sup>873</sup>.

### **Conclusión 18**

#### **Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) y circunstancias que excluyen la ilicitud**

No podrá alegarse ninguna circunstancia que excluya la ilicitud en virtud de las normas sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos en relación con cualquier hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

### **Comentario**

1) El proyecto de conclusión 18 aborda las circunstancias que excluyen la ilicitud en relación con la violación de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Por regla general, hay determinadas circunstancias que pueden servir para excluir la ilicitud de un hecho de un Estado que, de otro modo, sería ilícito<sup>874</sup>. El proyecto de conclusión 18 establece una excepción a esta regla general sobre la responsabilidad del Estado al disponer que, cuando la violación en cuestión se refiera a una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), no se podrán invocar circunstancias que excluyan la ilicitud.

2) El proyecto de conclusión 18 se basa en el artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, que impide invocar los motivos que excluyen la ilicitud enunciados en el capítulo V de la primera parte de los artículos con respecto a cualquier hecho que no esté en conformidad con una obligación

<sup>871</sup> *Ibid.*, párrafo 1) del comentario al artículo 48.

<sup>872</sup> *Ibid.*, art. 48, párr. 2 a).

<sup>873</sup> *Ibid.*, art. 48, párr. 2 b).

<sup>874</sup> *Ibid.*, véase, en general, la primera parte, capítulo V. En el párrafo 1) del comentario general al capítulo V de la primera parte se afirma que la existencia de estos motivos “constituye una defensa contra una reclamación por el incumplimiento de una obligación internacional, que, de no mediar esa defensa, estaría bien fundada”.



que emane de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Esta regla tiene por efecto que, cuando se invoque la responsabilidad de un Estado por la violación de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), el Estado contra el que se invoque la violación no podrá tratar de eludir su responsabilidad alegando ninguna circunstancia que normalmente podría excluir la ilicitud. Así ocurrirá incluso cuando la circunstancia que excluya la ilicitud está relacionada en sí misma con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Como ha afirmado anteriormente la Comisión, no podrá invocarse un genocidio para justificar la comisión de otro genocidio<sup>875</sup>.

3) El proyecto de conclusión 18 se entiende sin perjuicio de la invocación de tales circunstancias por organizaciones internacionales y otras entidades. El artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales también dispone que no se excluirá la ilicitud de un hecho de una organización internacional que no esté en conformidad con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) por la invocación de una circunstancia que excluya la ilicitud de ese hecho.

### **Conclusión 19**

#### **Consecuencias particulares de las violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)**

1. Los Estados cooperarán para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave por un Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

2. Ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por la violación grave por un Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación.

3. La violación de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de esa obligación por el Estado responsable.

4. El presente proyecto de conclusión se entenderá sin perjuicio de las demás consecuencias que la violación grave por un Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) pueda generar según el derecho internacional.

### **Comentario**

1) El proyecto de conclusión 19 se refiere a las consecuencias particulares de las violaciones graves de obligaciones que emanen de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Se basa en el artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. El proyecto de conclusión 19 se refiere únicamente a las “consecuencias adicionales” de las violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)<sup>876</sup>. No se ocupa de las consecuencias de las violaciones de normas de derecho internacional que no sean de carácter imperativo ni de las consecuencias de las violaciones de normas imperativas que no sean graves.

2) La primera consecuencia particular de las violaciones graves de obligaciones que emanen de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) se indica en el primer párrafo del proyecto de conclusión 19. Este párrafo, que se basa en el párrafo 1 del artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, establece que los Estados cooperarán para poner fin a las violaciones graves de obligaciones que emanen de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). La obligación de “cooperar[r] para poner fin, por medios lícitos,” a las violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional general

<sup>875</sup> *Ibid.*, párrafo 4) del comentario al artículo 26.

<sup>876</sup> *Ibid.*, párrafo 7) del comentario general al capítulo III de la segunda parte.



(*ius cogens*) se basa en la obligación general de cooperar prescrita en el derecho internacional<sup>877</sup>. Aunque, cuando se aprobaron sus artículos sobre el derecho de los tratados, la Comisión expresó algunas dudas sobre si la obligación enunciada en el párrafo 1 del artículo 41 constituía derecho internacional consuetudinario<sup>878</sup>, en la actualidad la obligación de cooperar para poner fin a las violaciones graves de obligaciones que emanen de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) está reconocida en el derecho internacional. La Cámara de los Lores del Reino Unido en la causa *A, Amnesty International (intervening) and Commonwealth Lawyers Association (intervening) v. Secretary of State for the Home Department*, por ejemplo, se refirió de manera explícita a la obligación de derecho internacional de cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general, y citó el artículo 41 de los artículos de la Comisión sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado*<sup>879</sup>. La Comisión ha reconocido la obligación, aunque solo en términos generales, en su proyecto de artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre<sup>880</sup>. La Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado*, ha determinado, después de la aprobación de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, la existencia de una obligación de cooperar para poner fin a las violaciones de “obligaciones de respetar el derecho [...] a la libre determinación, y algunas [...] obligaciones de derecho internacional humanitario”<sup>881</sup>, normas que son ampliamente citadas como imperativas. La Corte determinó que una de las obligaciones derivadas de la violación de esas obligaciones era la obligación de los demás Estados de “velar, dentro del respeto por la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional, por que se ponga fin a cualquier impedimento resultante de” las violaciones<sup>882</sup>. Asimismo, en la opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, la Corte determinó que todos los Estados “deben cooperar con las Naciones Unidas” para poner fin a la violación de obligaciones que emanen del derecho a la libre determinación<sup>883</sup>. Del mismo modo, en el caso *La Cantuta Vs. Perú*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló el “deber de cooperación interestatal para” los efectos de erradicar las violaciones como una consecuencia en sí misma de la violación de

<sup>877</sup> Véase, por ejemplo, la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, anexo, párr. 1 (“Los Estados tienen el deber de cooperar entre sí, independientemente de las diferencias en sus sistemas políticos, económicos y sociales, en las diversas esferas de las relaciones internacionales, a fin de mantener la paz y la seguridad internacionales y de promover la estabilidad y el progreso de la economía mundial, el bienestar general de las naciones y la cooperación internacional libre de toda discriminación basada en esas diferencias”).

<sup>878</sup> Véase el párrafo 3) del comentario al artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

<sup>879</sup> *A, Amnesty International (intervening) and Commonwealth Lawyers Association (intervening) v. Secretary of State for the Home Department*, sentencia de la Cámara de los Lores de 8 de diciembre de 2005 [2006] 1 All ER 575, párr. 34.

<sup>880</sup> Véase el proyecto de artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre con sus comentarios (informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 68º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/71/10)*, párrafo 1) del comentario al artículo 7 (“El deber de cooperar está bien arraigado como principio del derecho internacional y se puede encontrar en numerosos instrumentos internacionales”).

<sup>881</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (véase la nota 805 *supra*), párr. 155.

<sup>882</sup> *Ibid.*, párr. 159.

<sup>883</sup> *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965* (véase la nota 863 *supra*), párr. 182.

obligaciones que emanen de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)<sup>884</sup>.

3) La obligación de cooperar para poner fin a las violaciones graves de obligaciones que emanen de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) debe cumplirse “por medios lícitos”. Esto significa que la violación de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) no puede servir de justificación para la violación de otras normas de derecho internacional. Aunque el derecho internacional no prohíbe la adopción de medidas unilaterales para poner fin a la violación grave de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) si esas medidas unilaterales son compatibles con el derecho internacional, el primer párrafo del proyecto de conclusión 19 se centra en las medidas colectivas. En ello radica la esencia de la “cooperación”<sup>885</sup>.

4) Según el tipo de violación y el tipo de norma imperativa de que se trate, el sistema colectivo de las Naciones Unidas será el marco de cooperación preferido. Por esta razón, al constatar una violación de la “libre determinación” y de los “principios básicos del derecho humanitario”, la Corte Internacional de Justicia afirmó que “las Naciones Unidas, y en especial la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, deberían estudiar qué otras medidas son necesarias para poner fin a la situación ilegal”<sup>886</sup>. Del mismo modo, en su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, la Corte mencionó la obligación de “todos los Estados Miembros” de “cooperar con las Naciones Unidas” para poner fin a la violación en cuestión<sup>887</sup>. También podrán adoptarse medidas colectivas en el marco de otras organizaciones internacionales con un mandato al respecto para poner fin a las violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Otro ejemplo de organización cuyo mandato le permite adoptar medidas para poner fin a las violaciones de normas imperativas del derecho internacional general (*ius cogens*) es la Unión Africana<sup>888</sup>. No obstante, no solo se pueden adoptar medidas en el marco de mecanismos de cooperación institucionales. La obligación de cooperar para poner fin a las violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) también puede cumplirse mediante una cooperación no institucional, como, por ejemplo, la adopción de disposiciones especiales por un grupo de Estados que actúen de consuno para poner fin a la violación de una norma imperativa<sup>889</sup>. En efecto, la Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado*, parece indicar que, más allá de la acción colectiva, cada Estado tiene la obligación de esforzarse por poner fin a las situaciones creadas por la violación<sup>890</sup>. En esa opinión, además de hablar de las medidas que podían adoptar la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, la Corte afirmó que “incumbe también a todos los Estados” adoptar medidas para poner fin a la violación de una norma imperativa

<sup>884</sup> Caso *La Cantuta Vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de noviembre de 2006, Corte Interamericana de Derechos Humanos, párr. 160 (“Según ha sido reiteradamente señalado, los hechos del presente caso han infringido normas inderogables de derecho internacional (*ius cogens*) [...] Ante la naturaleza y gravedad de los hechos, [...] la necesidad de erradicar la impunidad se presenta ante la comunidad internacional como un deber de cooperación interestatal”).

<sup>885</sup> Véase, por ejemplo, el párrafo 3) del comentario al artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (“Lo que se pide es que ante las violaciones graves todos los Estados realicen un esfuerzo conjunto y coordinado para contrarrestar los efectos de esas violaciones”).

<sup>886</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (véase la nota 805 *supra*), párr. 160.

<sup>887</sup> *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965* (véase la nota 863 *supra*), párr. 182.

<sup>888</sup> Véase el artículo 4 h) del Acta Constitutiva de la Unión Africana (2000), que permite a la Unión Africana intervenir para poner fin al incumplimiento de la prohibición del genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra.

<sup>889</sup> Véase el párrafo 2) del comentario al artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

<sup>890</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (véase la nota 805 *supra*), párr. 159.

de derecho internacional general (*ius cogens*). No obstante, es necesario que esas medidas sean compatibles con el derecho internacional<sup>891</sup>.

5) La obligación de los Estados de actuar colectivamente para poner fin a las violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) tiene consecuencias particulares para la cooperación dentro de los órganos de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales. Significa que, en caso de violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), las organizaciones internacionales deben actuar, en el marco de sus respectivos mandatos y cuando así lo permita el derecho internacional, para poner fin a esas violaciones. Así pues, cuando una organización internacional tenga facultad discrecional para actuar, la obligación de cooperar impone a los miembros de esa organización internacional el deber de actuar con miras a que la organización ejerza esa facultad discrecional de manera que se ponga fin a la violación de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). El deber de las organizaciones internacionales de ejercer su discrecionalidad de manera que se ponga fin a las violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) es el corolario necesario de la obligación de cooperar prevista en el primer párrafo del proyecto de conclusión 19.

6) El segundo párrafo del proyecto de conclusión 19 establece que los Estados no “reconocerá[n] como lícita” una situación creada por la violación de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), ni “prestará[n] ayuda o asistencia” para mantener esa situación. Este párrafo, que se deriva del párrafo 2 del artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, contiene dos obligaciones distintas. La primera es la obligación de no reconocer como lícitas las situaciones creadas por la violación grave de una norma imperativa de derecho internacional (*ius cogens*). La segunda es la obligación de no prestar ayuda ni asistencia para mantener la situación creada por la violación grave de una norma imperativa de derecho internacional (*ius cogens*). Si bien estas dos obligaciones son distintas y específicas, están relacionadas en el sentido de que la obligación de no prestar asistencia es una consecuencia lógica de la obligación de no reconocer una situación como lícita. A diferencia de la obligación enunciada en el primer párrafo del proyecto de conclusión 19, los deberes de no reconocer y no prestar asistencia son deberes negativos. En otras palabras, mientras que el primer párrafo del proyecto de conclusión 19 exige a los Estados que hagan algo, es decir, que cooperen para poner fin a las violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), los deberes de no reconocer y no prestar asistencia del segundo párrafo exigen a los Estados que se abstengan de actuar. Por consiguiente, los deberes establecidos en el segundo párrafo del proyecto de conclusión 19 son menos onerosos.

7) Ya en 2001, la Comisión había reconocido que los deberes de no reconocer y no prestar asistencia formaban parte del derecho internacional consuetudinario<sup>892</sup>. En la causa *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Company and Others*, la Cámara de los Lores del Reino Unido se negó a reconocer validez jurídica a los actos resultantes de la invasión de Kuwait por el Iraq, que constituían una violación de la norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) relativa al uso de la fuerza<sup>893</sup>. La obligación de no reconocer se ha afirmado en decisiones de la Corte Internacional de Justicia y en la práctica de los Estados que actúan en organizaciones internacionales. En su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental)*, no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, por ejemplo, la Corte recordó que la

<sup>891</sup> *Ibid.* (“Incumbe también a todos los Estados, dentro del respeto por la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional, velar por que se ponga fin a cualquier impedimento, resultante de la construcción del muro, para el ejercicio por el pueblo palestino de su derecho a la libre determinación”) (sin cursiva en el original).

<sup>892</sup> Véanse los párrafos 6), 11) y 12) del comentario al artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

<sup>893</sup> *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Company and Others* (núms. 4 y 5) [2002] UKHL 19, [2002] 2 AC 883, párr. 29. Véase también *A, Amnesty International (intervening) and Commonwealth Lawyers Association (intervening) v. Secretary of State for the Home Department* (nota 879), párr. 34.

“calificación de una situación como ilegal no basta de por sí para ponerle fin”<sup>894</sup>. La Corte sostuvo que los terceros Estados tenían la obligación de “reconocer que la continuación de la presencia de Sudáfrica es ilegal y nula de pleno derecho”<sup>895</sup>. Del mismo modo, en su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado*, la Corte determinó que “todos los Estados tienen la obligación de no reconocer la situación ilegal resultante” del incumplimiento de una obligación ampliamente reconocida como imperativa<sup>896</sup>. El Consejo de Seguridad también ha afirmado la obligación de los Estados de no reconocer la situación creada por el incumplimiento de la prohibición del *apartheid* y de la obligación de respetar la libre determinación<sup>897</sup>. La obligación de no reconocer los actos que incumplan obligaciones que emanen de las normas imperativas del derecho a la libre determinación y la prohibición del *apartheid* también se enuncia en la resolución de la Asamblea General por la que se pide que no se reconozcan los bantustanes creados por Sudáfrica para promover el *apartheid* en violación del derecho a la libre determinación<sup>898</sup>. La obligación de no prestar asistencia ni ayuda para el mantenimiento de una situación creada por la violación grave de una obligación que emane de una norma imperativa también se ha reconocido en las decisiones de la Corte Internacional de Justicia y en resoluciones de las Naciones Unidas<sup>899</sup>.

8) Si bien la obligación de no reconocer está bien establecida, su cumplimiento no debe ir en detrimento de la población afectada ni privarla de cualquier ventaja derivada de la cooperación internacional<sup>900</sup>. En su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia*, la Corte Internacional de Justicia declaró que las consecuencias de la falta de reconocimiento no debían afectar negativamente ni desfavorecer a la población afectada y que, por lo tanto, los actos que atañían a la población civil, como la inscripción de los nacimientos, las defunciones y los matrimonios, debían reconocerse a pesar de la violación<sup>901</sup>.

9) Las obligaciones a las que se hace referencia en el proyecto de conclusión 19 son de aplicación únicamente en caso de violaciones graves de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). En el tercer párrafo del proyecto de conclusión 19 se define la violación grave como aquella que “implica el incumplimiento flagrante o sistemático de [la] obligación [en cuestión] por el Estado responsable”. Esta definición se ha tomado del artículo 40, párrafo 2, de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos<sup>902</sup>. Se expresó la opinión de que la palabra “grave” debía omitirse del texto del proyecto de conclusión 19, entre otras cosas porque los deberes de no reconocer y no prestar asistencia no eran onerosos.

10) El cuarto párrafo del proyecto de conclusión 19 dispone que las obligaciones enunciadas en el proyecto de conclusión 19 se entenderán sin perjuicio de las demás consecuencias que las violaciones graves puedan generar según el derecho internacional<sup>903</sup>.

<sup>894</sup> *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia* (véase la nota 793 *supra*), párr. 111.

<sup>895</sup> *Ibid.*, párr. 119.

<sup>896</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (véase la nota 805 *supra*), párr. 159.

<sup>897</sup> Véase la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, de 30 de enero de 1970.

<sup>898</sup> Resolución 3411 D (XXX) de la Asamblea General, de 28 de noviembre de 1975, párr. 3.

<sup>899</sup> Véase, por ejemplo, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia* (nota 793 *supra*), párr. 119, donde se afirma que los Estados tienen la obligación de “abstenerse de prestar a Sudáfrica cualquier apoyo o cualquier forma de asistencia con respecto a su ocupación de Namibia”. Véanse también *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (nota 805 *supra*), párr. 159; y la resolución 3411 D (XXX) de la Asamblea General, párr. 3.

<sup>900</sup> *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia* (véase la nota 793 *supra*), párr. 125.

<sup>901</sup> *Ibid.*

<sup>902</sup> Los párrafos 7) y 8) del comentario al artículo 40 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos contienen una explicación detallada de los elementos de la gravedad, es decir, de las violaciones flagrantes o sistemáticas.

<sup>903</sup> Véase, en general, el párrafo 13) del comentario al artículo 41 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

Por ejemplo, el proyecto de conclusión 19 no aborda específicamente las consecuencias de la violación para el Estado responsable. La Corte Internacional de Justicia ha afirmado sistemáticamente que el Estado responsable tiene una obligación de cesación<sup>904</sup>. En los capítulos I y II de la segunda parte de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos pueden encontrarse otros ejemplos de consecuencias de las violaciones de obligaciones de derecho internacional que no se abordan<sup>905</sup>. Aunque no se abordan en el presente proyecto de conclusiones, esas otras consecuencias de la responsabilidad siguen siendo de aplicación.

11) Al igual que en el caso de los proyectos de conclusión 17 y 18, el proyecto de conclusión 19 se entiende sin perjuicio de los deberes que impone a las organizaciones internacionales<sup>906</sup>.

### **Conclusión 20**

#### **Interpretación y aplicación en consonancia con las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)**

Cuando parezca que puede haber oposición entre una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) y otra norma de derecho internacional, esta deberá interpretarse y aplicarse, en la medida de lo posible, de manera que esté en consonancia con aquella.

### **Comentario**

1) El proyecto de conclusión 20 contiene una regla de interpretación aplicable en caso de posible oposición entre normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) y otras normas de derecho internacional. Los proyectos de conclusión 10, 14, 15 y 16 establecen la nulidad o inexistencia de las normas de derecho internacional que estén en oposición con normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). La cuestión de si una norma de derecho internacional está o no en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) debe determinarse mediante la interpretación. Lo dispuesto en el proyecto de conclusión 20 es de aplicación en el contexto del proceso previsto por las reglas de interpretación aplicables.

2) El proyecto de conclusión 20 no es de aplicación en todos los casos en que haya que interpretar una norma o determinar su contenido. Solo deberá aplicarse en los casos limitados en que “parezca que puede haber oposición” entre una norma de derecho internacional que no tenga carácter imperativo y una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). En tal caso, se indica a los interesados que han de interpretar la norma de derecho internacional que no tenga carácter imperativo de manera que esté en consonancia con la norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Las palabras “en la medida de lo posible” que figuran en el proyecto de conclusión tienen por objeto poner de relieve que, en el ejercicio de interpretación de las normas de derecho internacional en consonancia con las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), no se pueden exceder los límites de la interpretación. Dicho de otro modo, no se puede atribuir a la norma en cuestión un sentido o contenido distintos de los que se derivarían de la aplicación normal de las reglas y la metodología de interpretación para lograr la consonancia.

<sup>904</sup> Véanse, por ejemplo, *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965* (nota 863 *supra*), párr. 178; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (nota 805 *supra*), párrs. 149 y ss.; y *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia* (nota 793 *supra*), párr. 118.

<sup>905</sup> Véase, en general, la segunda parte de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Cabe citar, entre otras consecuencias, la cesación y la no repetición (art. 30) y la reparación (art. 31). Las reparaciones a su vez pueden adoptar diferentes formas, como la restitución (art. 35), la indemnización (art. 36), la satisfacción (art. 37) y los intereses (art. 38).

<sup>906</sup> Véanse, con respecto a las organizaciones internacionales, los artículos 41 y 42 de los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales. El proyecto de artículos con sus comentarios se reproduce en el *Anuario...*, 2011, vol. II (segunda parte), párrs. 87 y 88. Los artículos propiamente dichos figuran en el anexo de la resolución 66/100 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 2011.

3) El proyecto de conclusión 20 utiliza las palabras “interpretarse y aplicarse”. La interpretación y la aplicación de una norma son conceptos interrelacionados, pero distintos. Las palabras “interpretación y aplicación” se utilizan también en el párrafo 3) del comentario al artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, donde se habla de ese efecto interpretativo de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Se reconoce que, en algunos casos, lo que puede estar en juego no es la interpretación de la norma en cuestión, sino su aplicación. Así puede ocurrir, por ejemplo, cuando una norma está, a primera vista, en consonancia con la norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) pertinente, pero su aplicación de una manera concreta sería contraria a la norma imperativa pertinente.

4) En el contexto de las normas de los tratados, la regla enunciada en el proyecto de conclusión 20 puede considerarse una aplicación del artículo 31, párrafo 3 c), de la Convención de Viena de 1969, que dispone que, para la interpretación de los tratados, “habrá de tenerse en cuenta” “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. Las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) son normas de derecho internacional aplicables en las relaciones principalmente entre Estados y organizaciones internacionales y, por lo tanto, han de tenerse en cuenta, cuando proceda, para la interpretación de los tratados<sup>907</sup>.

5) Aunque la regla de interpretación del proyecto de conclusión 20 constituye una aplicación específica del artículo 31, párrafo 3 c), de la Convención de Viena de 1969, es aplicable no solo en relación con los tratados, sino también con la interpretación y aplicación de todas las demás normas de derecho internacional. A este respecto, la Comisión ha afirmado que “[c]uando existe una oposición aparente entre obligaciones primarias, una de las cuales se deriva para un Estado directamente de una norma imperativa de derecho internacional general, es evidente que esa obligación imperativa prevalecerá [...] las normas imperativas de derecho internacional general dan origen a firmes principios interpretativos que resolverán todos los conflictos, o los más evidentes”<sup>908</sup>.

6) Como se señala en el párrafo 2) del presente comentario, las palabras “en la medida de lo posible” tienen por objeto indicar que la regla enunciada en este proyecto de conclusión no permite que se rebasen los límites de la interpretación. Cuando no sea posible interpretar la norma que no tiene carácter imperativo de manera que esté en consonancia con la norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), la norma que no tiene carácter imperativo se anulará de conformidad con los proyectos de conclusión 10, 14, 15 y 16.

7) La expresión “otra norma de derecho internacional” en el proyecto de conclusión 20 debe entenderse en el sentido de que hace referencia a las obligaciones de derecho internacional, dimanantes ya sea de un tratado, del derecho internacional consuetudinario, de un principio general del derecho, de un acto unilateral o de una resolución, decisión u otro acto de una organización internacional. Por consiguiente, el proyecto de conclusión 20

<sup>907</sup> Véase, por ejemplo, el informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (nota 857 *supra*), párr. 414. Así se hizo, por ejemplo, en *Consejo de la Unión Europea c. Frente Popular para la Liberación de Saguía el Hamra y Río de Oro (Frente Polisario)*, asunto núm. C-104/16 P, sentencia de 21 de diciembre de 2016, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), *Diario Oficial de la Unión Europea*, C 53/19 (20 de febrero de 2017), párr. 88 y ss., especialmente párr. 114, en el que el Tribunal, tras haber determinado que el principio de libre determinación era “uno de los principios esenciales del derecho internacional” y que establecía obligaciones *erga omnes* (párr. 88), pasó a interpretar el tratado entre la Comisión Europea y Marruecos de manera que se respetara esa norma (“Por tanto, en el momento de su conclusión, el Acuerdo de Liberalización no podía entenderse en el sentido de que su ámbito de aplicación territorial incluía el territorio del Sáhara Occidental” (párr. 114)).

<sup>908</sup> Véase el párrafo 3) del comentario al artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Véase la conclusión 42 de la labor del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional (*Anuario...*, 2006, vol. II, segunda parte, párr. 251); véase también Mik (nota 845 *supra*), págs. 73 y ss.

es de aplicación para la interpretación de las normas u obligaciones establecidas en los proyectos de conclusión 10, 14, 15 y 16.

## Conclusión 21

### Requisitos de procedimiento

1. El Estado que invoque una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) como causa de nulidad o de terminación de una norma de derecho internacional deberá notificar su pretensión a los otros Estados interesados. La notificación deberá hacerse por escrito y en ella habrá de indicarse la medida que se proponga adoptar con respecto a la norma de derecho internacional en cuestión.

2. Si ninguno de los otros Estados interesados formula objeción alguna en un plazo que, salvo en casos de especial urgencia, no habrá de ser inferior a tres meses, el Estado que haya invocado la norma podrá adoptar la medida que haya propuesto.

3. Si cualquier Estado interesado formula una objeción, los Estados interesados deberán buscar una solución por los medios indicados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.

4. Si no se encuentra una solución en un plazo de 12 meses, y el Estado que haya formulado la objeción o los Estados interesados se ofrecen a someter el asunto a la Corte Internacional de Justicia, el Estado que haya invocado la norma no podrá adoptar la medida que haya propuesto hasta que se resuelva la controversia.

5. El presente proyecto de conclusión se entenderá sin perjuicio de los requisitos de procedimiento establecidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las normas pertinentes relativas a la competencia de la Corte Internacional de Justicia u otras disposiciones aplicables en materia de solución de controversias acordadas por los Estados interesados.

### Comentario

1) El proyecto de conclusión 21 se refiere al procedimiento de invocación y fundamentación de la nulidad de normas de derecho internacional, incluidos tratados, por estar en oposición con normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Es importante recordar que, durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, los Estados en general apoyaban las disposiciones relativas a las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), y que las preocupaciones que plantearon en relación con los artículos 53 y 64 obedecían a su inquietud por que los Estados pudieran abusar del derecho a alegar la nulidad de tratados invocando de forma unilateral dichos artículos y poner así en peligro la estabilidad de las relaciones convencionales<sup>909</sup>. Para responder a esa inquietud, la Convención de Viena de 1969 prevé la posibilidad de someter a un proceso de arreglo judicial toda fundamentación en los artículos 53 y 64<sup>910</sup>. En el contexto del presente proyecto de conclusiones, la invocación de las reglas establecidas en la tercera parte sin algún tipo de mecanismo que permita evitar la adopción de medidas unilaterales suscita preocupaciones similares a las planteadas en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados.

<sup>909</sup> *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones...* (véase la nota 726 *supra*), 4 de mayo de 1968, declaraciones de Francia, 54ª sesión, párr. 29 (“[e]l texto actual no da ninguna indicación sobre la manera en que puede reconocerse una regla de derecho como perteneciente al *ius cogens* respecto a cuyo contenido se han presentado interpretaciones divergentes e incluso contradictorias. [...] Por otra parte, no se ha previsto ningún control jurisdiccional al que hubiera de someterse la elaboración de un concepto tan nuevo e impreciso”); y Noruega, 56ª sesión, párr. 37 (“[e]ste artículo deja en la oscuridad varias cuestiones importantes, en especial, la de saber cuáles son las actuales normas de *ius cogens* y cómo se crean. El texto de la Comisión [...], más que dar una definición de las normas, indica sus efectos, de modo que existe el riesgo de que surjan entre los Estados graves conflictos a este respecto; no prevé tampoco ningún medio eficaz para resolver esos conflictos”).

<sup>910</sup> *Ibid.*



2) No obstante, la formulación de una disposición apropiada a los efectos del presente proyecto de conclusiones no está exenta de dificultades. La principal dificultad es que los tratados contienen disposiciones detalladas en materia de solución de controversias cuyo funcionamiento no es el mismo que el de una norma de derecho internacional consuetudinario. Así, en lo que respecta a las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), la Convención de Viena de 1969 contiene un detallado marco de solución de controversias<sup>911</sup>. Con arreglo a este marco, un Estado parte que alegue que un tratado es nulo por cualquier motivo, entre ellos por estar en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general, deberá notificar su pretensión a los otros Estados partes. Si, después de un plazo determinado, no se reciben objeciones a su notificación, podrá darse efecto a las consecuencias de la nulidad. No obstante, si hay una objeción, la Convención de Viena de 1969 exige que los Estados partes interesados busquen una solución por los medios previstos en la Carta de las Naciones Unidas. Estos medios son, entre otros, la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos regionales u otros medios pacíficos<sup>912</sup>. Si la pretensión de nulidad se basa en una oposición con una norma imperativa en el sentido del artículo 53 o el artículo 64 y no se encuentra una solución a la oposición por esos medios, cualquiera de las partes en la controversia podrá someter el asunto a la Corte Internacional de Justicia a menos que, en lugar de ello, se convenga en someterlo a arbitraje.

3) En la causa relativa al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, la Corte Internacional de Justicia afirmó que “ambas partes convienen en que los artículos 65 a 67 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, si no codifican el derecho consuetudinario, al menos reflejan con carácter general el derecho internacional consuetudinario y contienen determinados principios de procedimiento que se basan en la obligación de actuar de buena fe”<sup>913</sup>. Esta observación de la Corte se refiere principalmente al proceso de consulta previo a toda terminación del acuerdo. Con ello la Corte no determinó que existiera una norma de derecho internacional consuetudinario sobre el establecimiento de la competencia de la Corte para la solución de controversias relativas a la nulidad de los tratados sobre la base de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). No puede decirse que las disposiciones de los artículos 65 a 67 de la Convención de Viena de 1969, en particular las que se refieren al sometimiento de una controversia a la Corte Internacional de Justicia, reflejen el derecho internacional consuetudinario. Como disposiciones de un tratado, no pueden imponerse a los Estados que no sean parte en la Convención de Viena de 1969. Además, incluso entre los Estados que son parte en la Convención, varios han formulado reservas a la aplicación del mecanismo de solución de controversias, en particular en lo que respecta al sometimiento de controversias a la Corte Internacional de Justicia y a arbitraje (artículo 66 a) de la Convención de Viena de 1969)<sup>914</sup>.

4) Al formular una disposición para la solución de controversias en relación con la nulidad de normas de derecho internacional en razón de su incompatibilidad con normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), la Comisión tenía que asegurarse de que no pretendiera imponer normas convencionales a los Estados que no estuvieran obligados por esas normas y, al mismo tiempo, de que se tuvieran en cuenta las preocupaciones relativas a la necesidad de evitar la anulación unilateral de normas. En el proyecto de conclusión 21 se establecen requisitos de procedimiento para lograr ese

<sup>911</sup> Véase la Convención de Viena de 1969, arts. 65 y 66.

<sup>912</sup> Véase Carta de las Naciones Unidas, Artículo 33, párrafo 1.

<sup>913</sup> *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (véase la nota 741 *supra*), pág. 66, párr. 109.

<sup>914</sup> En abril de 2019, de un total de 116 Estados partes, 23 Estados habían formulado reservas al marco de arreglo de controversias. De esos Estados, 15 deseaban excluir la aplicación del artículo 66 a) relativo al sometimiento de controversias a la Corte Internacional de Justicia en relación con alegaciones de nulidad por motivos de oposición con normas imperativas (Arabia Saudita, Argelia, Armenia, Belarús, Brasil, China, Cuba, Eslovaquia, Federación de Rusia, Guatemala, Hungría, República Checa, Túnez, Ucrania y Viet Nam); y 4 Estados han declarado que las disposiciones de los artículos 53 y 64 no serán de aplicación en las relaciones entre ellos y los Estados que hayan formulado reservas respecto de la aplicación del marco de arreglo de controversias (Bélgica, Dinamarca, Finlandia y Portugal). Otros 4 Estados han declarado que las disposiciones del artículo 66 no limitan la competencia de la Corte Internacional de Justicia si esta se ha establecido en virtud de otro instrumento (Alemania, Canadá, Nueva Zelanda y Reino Unido).



equilibrio. No todos los aspectos del procedimiento detallado establecido en el proyecto de conclusión 21 constituyen derecho internacional consuetudinario.

5) Los tres primeros párrafos del proyecto de conclusión 21 se inspiran en el artículo 65 de la Convención de Viena de 1969. El primer párrafo general exige que el Estado que desee impugnar una norma de derecho internacional por estar en oposición con una norma imperativa de derecho internacional (*ius cogens*) notifique su pretensión a los otros Estados. Si bien este párrafo se inspira en el texto de la Convención de Viena de 1969, habla de “una norma de derecho internacional” para dar a entender que los requisitos de procedimiento son de aplicación a los tratados y a otras obligaciones internacionales derivadas de otras fuentes del derecho internacional. Por consiguiente, el párrafo se refiere a los “Estados interesados” para indicar que la notificación puede ir dirigida a otros destinatarios además de las partes en un tratado. El primer párrafo del proyecto de conclusión 21 también dispone que en la notificación habrán de indicarse las medidas propuestas para solucionar la oposición. Esas medidas pueden ser las mencionadas en los proyectos de conclusión 10 a 13 del proyecto de conclusiones. El requisito de especificar las medidas propuestas está en consonancia con el objetivo de la notificación, a saber, permitir que otros Estados respondan adecuadamente, en caso necesario. La notificación puede hacerse llegar a otros Estados por diversos medios, entre ellos por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas.

6) El párrafo 2 del proyecto de conclusión 21 establece que, si ningún otro Estado formula una objeción a la notificación, el Estado que afirma su pretensión podrá adoptar la medida que ha propuesto. No obstante, el derecho a adoptar esa medida solo podrá ejercerse tras “un plazo que, salvo en casos de especial urgencia, no habrá de ser inferior a 3 meses”. Esto significa, en primer lugar, que en la notificación mencionada en el párrafo 1 se debe señalar un plazo para formular objeciones a la notificación. El plazo debe ser razonable y la Comisión determinó que, por regla general, un mínimo de 3 meses era razonable. En segundo lugar, el Estado que invoca la nulidad de un tratado no podrá adoptar la medida propuesta hasta que haya expirado dicho plazo, y si no ha habido objeciones al respecto. Puede haber circunstancias en que un plazo de 3 meses sea demasiado largo. Teniendo esto en cuenta, el párrafo 2 del proyecto de conclusión 21 prevé la posibilidad de acortarlo “en casos de especial urgencia”. En el proyecto de conclusiones no se definen los “casos de especial urgencia”, que se determinarán en función de los hechos en cada caso concreto. No obstante, se puede decir que los “casos de especial urgencia” serán aquellos en los que el tiempo apremie. Se expresó la opinión de que no había fundamento para afirmar que ese plazo de 3 meses (o el plazo de 12 meses indicado en el párrafo 4 del proyecto de conclusión) se derivaba del derecho internacional consuetudinario.

7) En el párrafo 3 del proyecto de conclusión 21 se abordan los casos en que cualquier Estado interesado formula una objeción contra la pretensión de que una norma de derecho internacional es nula por estar en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Si se plantea tal objeción, el Estado que haya invocado la norma no podrá aplicar unilateralmente las medidas propuestas. En tal caso, los Estados interesados, así como el Estado que haya invocado la norma, estarán obligados a buscar una solución por los medios indicados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas de su elección.

8) En el párrafo 4 del proyecto de conclusión 21 se establece que, si no se encuentra una solución en un plazo de 12 meses, y el Estado que haya formulado la objeción o los Estados interesados se ofrecen a someter el asunto a la Corte Internacional de Justicia, el Estado que haya invocado la norma no podrá adoptar la medida que haya propuesto hasta que se resuelva la controversia. En el párrafo 4 se abordan los casos en que los Estados interesados no pueden encontrar una solución por los medios indicados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas. La Comisión partió de la base de que la invocación de la nulidad de una norma de derecho internacional por su incompatibilidad con una norma imperativa de derecho internacional general no podía servir, como tal, de fundamento para

establecer la competencia de la Corte Internacional de Justicia<sup>915</sup>. No obstante, con el fin de evitar toda unilateralidad, la Comisión consideró apropiado alentar el sometimiento de la controversia a la Corte Internacional de Justicia sin obligar a ello.

9) El proyecto de conclusión 21 es una disposición de carácter procedimental que no tiene implicación alguna para la legalidad de las medidas que puedan adoptarse. Si, una vez vencido el plazo de 12 meses, los otros Estados interesados no se ofrecen a someter el asunto a la Corte Internacional de Justicia, las disposiciones procedimentales del proyecto de conclusión 21 ya no impedirán al Estado que haya invocado la norma adoptar la medida. Es importante destacar que esta disposición no impone obligación alguna de someter el asunto a la Corte Internacional de Justicia ni establece la competencia obligatoria de esta. En cambio, la disposición impide que el Estado que haya invocado la nulidad adopte las medidas propuestas si los otros Estados interesados se ofrecen a someter el asunto a la Corte Internacional de Justicia. En caso de que se haga tal ofrecimiento de someter el asunto a la Corte Internacional de Justicia, el Estado que haya invocado la nulidad no tendrá derecho a adoptar las medidas propuestas hasta que se resuelva la controversia y de conformidad con la determinación por la Corte de que las medidas están justificadas con arreglo al derecho internacional.

10) El párrafo 5 es una cláusula sin perjuicio. Como se ha explicado anteriormente, el proyecto de conclusión 21 no establece la competencia de la Corte Internacional de Justicia, ni impone a ningún Estado la obligación de someter un asunto a la Corte o de aceptar la competencia de la Corte. Del mismo modo, el proyecto de conclusión 21 no afecta a ningún fundamento para establecer la competencia que pueda existir en virtud de cualquier otra norma de derecho internacional, como los mecanismos de solución de controversias previstos en la Convención de Viena de 1969 u otras disposiciones de solución de controversias aplicables convenidas por los Estados interesados (incluido el Estado que haya invocado la norma como causa de nulidad).

#### **Cuarta parte** **Disposiciones generales**

##### **Conclusión 22** **Sin perjuicio de las consecuencias que determinadas normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) puedan generar de otro modo**

El presente proyecto de conclusiones se entenderá sin perjuicio de las consecuencias que determinadas normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) puedan generar de otro modo según el derecho internacional.

#### **Comentario**

1) El proyecto de conclusión 22 es una cláusula sin perjuicio. Establece que el presente proyecto de conclusiones se entenderá sin perjuicio de las consecuencias que determinadas normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) puedan generar de otro modo según el derecho internacional.

2) En lo que respecta a su alcance, el presente proyecto de conclusiones se refiere a la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Como se señala en el párrafo 3) del comentario al proyecto de conclusión 1, el presente proyecto de conclusiones no tiene por objeto ocuparse del contenido de las distintas normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Además de la metodología y el proceso para identificar las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), el proyecto de conclusiones

<sup>915</sup> *Armed Activities on the Territory of the Congo* (véase la nota 699 *supra*), pág. 32, párr. 64 (“Lo mismo cabe decir de las relaciones entre las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) y el establecimiento de la competencia de la Corte: el hecho de que una controversia se refiera al cumplimiento de una norma que tenga aquel carácter, como es indudablemente el caso con respecto a la prohibición del genocidio, no puede por sí mismo constituir una base para establecer la competencia de la Corte”).

también aborda, en general, las consecuencias jurídicas que se derivan de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Se trata, entre otras, de las consecuencias para las normas de los tratados, el derecho internacional consuetudinario, los actos unilaterales y las resoluciones, decisiones u otros actos vinculantes de organizaciones internacionales. El contenido de las distintas normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) puede tener en sí consecuencias jurídicas distintas de las consecuencias jurídicas generales señaladas en el presente proyecto de conclusiones. Por consiguiente, el proyecto de conclusión 22 tiene por objeto indicar que el proyecto de conclusiones se entenderá sin perjuicio de las consecuencias jurídicas que puedan derivarse de otro modo de determinadas normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

3) El presente proyecto de conclusiones no se refiere a las consecuencias derivadas de una oposición entre normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)

4) Un caso en el que se ha planteado la cuestión de las consecuencias jurídicas de determinadas normas imperativas es el de las consecuencias de los crímenes cuya comisión está prohibida por normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), como la prohibición del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, en particular las posibles consecuencias para la inmunidad y la competencia de los tribunales nacionales. Esas consecuencias no son consecuencias generales de las normas imperativas del derecho internacional general (*ius cogens*), sino que se refieren a determinadas normas imperativas de derecho internacional general. Por tanto, no se abordan en el presente proyecto de conclusiones.

### **Conclusión 23**

#### **Lista no exhaustiva**

Sin perjuicio de la existencia o la aparición ulterior de otras normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), en el anexo del presente proyecto de conclusiones figura una lista no exhaustiva de normas a las que la Comisión de Derecho Internacional se ha referido anteriormente como normas que han obtenido dicho estatus.

### **Comentario**

1) El proyecto de conclusión 1 establece el alcance del presente proyecto de conclusiones al señalar que se refiere a la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Como se señala en el párrafo 3) del comentario al proyecto de conclusión 1 y en el párrafo 2) del comentario al proyecto de conclusión 22, el presente proyecto de conclusiones es de carácter metodológico y no tiene por objeto ocuparse del contenido de las distintas normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Por consiguiente, el proyecto de conclusiones no pretende establecer una lista de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). La elaboración de una lista de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), incluida una lista no exhaustiva, requeriría un estudio detallado y riguroso de muchas posibles normas para determinar, en primer lugar, cuáles de ellas cumplen los criterios establecidos en la segunda parte del presente proyecto de conclusiones y, en segundo lugar, cuáles de las normas que cumplen esos criterios deben incluirse en una lista no exhaustiva. Ello escapa al alcance del ejercicio de elaborar un proyecto de conclusiones sobre la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*).

2) Aunque la identificación de determinadas normas que tengan carácter imperativo queda fuera del alcance del presente proyecto de conclusiones, la Comisión ha decidido incluir en un anexo una lista no exhaustiva de normas a las que la Comisión se ha referido anteriormente como normas de carácter imperativo. El proyecto de conclusión 23 se refiere a ese anexo. Establece, en primer lugar, que el anexo se entiende sin perjuicio de la existencia o la aparición ulterior de otras normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). La expresión “[s]in perjuicio de la existencia o la aparición ulterior de otras normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)” tiene por objeto indicar que la inclusión de la lista en el anexo no excluye en modo alguno la existencia en la actualidad de otras normas que puedan tener carácter imperativo o la aparición en el

futuro de otras normas que tengan ese carácter. En segundo lugar, el proyecto de conclusión 23 dispone, como afirmación fáctica, que las normas que figuran en el anexo son aquellas a las que la Comisión se ha referido anteriormente como normas que han obtenido estatus imperativo. Por último, el proyecto de conclusión 23 afirma que la lista que figura en el anexo no es exhaustiva, lo que sirve para destacar el hecho de que esta lista se entiende sin perjuicio de otras normas que tengan el mismo carácter<sup>916</sup>. No es exhaustiva en dos sentidos. No es exhaustiva, en primer lugar, en el sentido de que, más allá de las normas indicadas en la lista, existen o pueden existir otras normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). En segundo lugar, no es exhaustiva en el sentido de que, además de las normas enumeradas en el anexo, la Comisión también se ha referido anteriormente a otras normas como normas de carácter imperativo. Por lo tanto, no se debe considerar que el anexo excluye el carácter imperativo de esas otras normas.

3) El hecho de que el anexo mencionado en el proyecto de conclusión 23 contenga normas a las que la Comisión se ha referido anteriormente tiene dos implicaciones para la lista. En primer lugar, la formulación de cada norma se basa en una formulación empleada anteriormente por la Comisión. Por lo tanto, la Comisión no ha intentado reformular las normas de la lista. Como se verá en los siguientes párrafos del comentario al proyecto de conclusión 23, en algunos casos la Comisión ha utilizado formulaciones diferentes en sus trabajos anteriores. La segunda implicación es que no se ha intentado definir el alcance, el contenido o la aplicación de las normas señaladas. El anexo se limita a enumerar normas identificadas anteriormente por la Comisión, utilizando las mismas formulaciones y sin tratar de abordar ningún aspecto del contenido de las normas.

4) En sus trabajos anteriores, la Comisión ha utilizado diferentes expresiones para calificar las normas a las que se ha referido. En su comentario al proyecto de artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, utilizó las palabras “ejemplo patente” y “ejemplo”, respectivamente, al referirse a dos de las normas<sup>917</sup>. En el comentario al proyecto de artículo 26 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, la Comisión se refirió a las normas de su lista como aquellas “claramente aceptadas y reconocidas”<sup>918</sup>, mientras que, en el comentario al artículo 40 de los mismos artículos, utilizó la expresión “se conviene generalmente” para calificar de imperativa la norma de la prohibición de la “agresión”, y dijo que “parece haber un amplio acuerdo” respecto de otras normas enumeradas en ese párrafo<sup>919</sup>.

5) La primera norma que figura en el anexo es la prohibición de la agresión. La Comisión se refirió a la prohibición de la agresión en el comentario a los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos<sup>920</sup>. En 1966, la Comisión afirmó que “las normas de la Carta por las que se prohíbe el uso de la fuerza constituyen por sí mismas un ejemplo patente de normas de derecho internacional que tienen carácter de *ius cogens*”<sup>921</sup>. Aunque no es estrictamente un texto de la Comisión en sí, también cabe

<sup>916</sup> Véase también el párrafo 6) del comentario al artículo 40 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en el que se habla del carácter no exhaustivo de las normas a que se hace referencia en esos artículos (“Hay que destacar que los ejemplos que se han dado no pueden ser exhaustivos. Además, el artículo 64 de la Convención de Viena de 1969 prevé la posibilidad de que lleguen a crearse nuevas normas imperativas de derecho internacional general a través del proceso de aceptación y reconocimiento por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, como se menciona en el artículo 53. Estos ejemplos se dan, pues, sin perjuicio de que existan o se desarrollen normas de derecho internacional que cumplan los criterios de las normas imperativas a tenor del artículo 53”).

<sup>917</sup> Véanse los párrafos 1) y 3) del comentario al proyecto de artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados.

<sup>918</sup> Véase el párrafo 5) del comentario al artículo 26 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

<sup>919</sup> *Ibid.*, párrafo 4) del comentario al artículo 40.

<sup>920</sup> *Ibid.* (“Se conviene generalmente que, entre esas prohibiciones, la prohibición de la agresión ha de considerarse imperativa”). Véase también el párrafo 5) del comentario al artículo 26 (“Esas normas imperativas que son claramente aceptadas y reconocidas comprenden las prohibiciones de agresión”).

<sup>921</sup> Véase el párrafo 1) del comentario al proyecto de artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, *Anuario...*, 1966, vol. II, párr. 38. En el párrafo 3) de ese comentario, la Comisión habló del “uso ilegítimo de la fuerza con violación de los principios de la Carta”.

destacar la labor realizada en 2006 por su Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional. Al igual que en el comentario a los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en las conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional se hace referencia a la prohibición de la agresión como norma imperativa<sup>922</sup>. El informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, tras referirse a la identificación por la Comisión de la prohibición de la agresión, incluyó “la prohibición del uso agresivo de la fuerza” en su lista de “reglas más frecuentemente citadas para el rango de *ius cogens*”<sup>923</sup>.

6) La segunda norma que figura en el anexo es la prohibición del genocidio. La Comisión ha utilizado sistemáticamente la misma formulación para referirse a la prohibición del genocidio en toda su labor al respecto. En particular, en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, tanto en el comentario al proyecto de artículo 26 como en el comentario al proyecto de artículo 40, se hace referencia a la prohibición del genocidio<sup>924</sup>. En las conclusiones y el informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional también se habla de la prohibición del genocidio<sup>925</sup>.

7) La prohibición de los crímenes de lesa humanidad es la tercera norma incluida en el anexo. El cuarto párrafo del preámbulo del proyecto de artículos de 2019 sobre los crímenes de lesa humanidad recuerda que “la prohibición de los crímenes de lesa humanidad es una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*)”<sup>926</sup>. En el comentario al artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, la Comisión no se refirió a la prohibición de los crímenes de lesa humanidad por separado, sino a la prohibición de los “delitos contra la humanidad y [la] tortura”<sup>927</sup>. La prohibición de los crímenes de lesa humanidad también se menciona en el informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional como una de las “reglas más frecuentemente citadas” para adquirir el rango de *ius cogens*<sup>928</sup>.

8) La Comisión habla de las normas básicas del derecho internacional humanitario, la cuarta norma del anexo, en su comentario al artículo 40 de sus artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos<sup>929</sup>. En las conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional se hace referencia a las normas básicas del derecho internacional humanitario aplicables en los conflictos armados<sup>930</sup>. En el informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, por otra parte, se habla de “la prohibición de las hostilidades contra la población civil (‘normas básicas del derecho internacional humanitario’)”<sup>931</sup>.

9) La quinta norma del anexo es la prohibición de la discriminación racial y el *apartheid*. La prohibición de la discriminación racial y el *apartheid* se menciona en el

<sup>922</sup> Véase la conclusión 33) de las Conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (nota 863 *supra*).

<sup>923</sup> Informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (véase la nota 857 *supra*), párr. 374. Cabe señalar que en el informe del Grupo de Estudio también se hace referencia, como norma específica, al derecho de legítima defensa.

<sup>924</sup> Véanse el párrafo 5) del comentario al artículo 26 y el párrafo 4) del comentario al proyecto de artículo 40 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

<sup>925</sup> Conclusión 33) de las Conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (véase la nota 863 *supra*) e informe del Grupo de Estudio (véase la nota 857 *supra*), párr. 374.

<sup>926</sup> Preámbulo, proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad, capítulo IV del presente informe.

<sup>927</sup> Véase el párrafo 5) del comentario al proyecto de artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

<sup>928</sup> Informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (véase la nota 857 *supra*), párr. 374.

<sup>929</sup> Véase el párrafo 5) del comentario al proyecto de artículo 40 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

<sup>930</sup> Véase la conclusión 33) de las Conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (nota 863 *supra*).

<sup>931</sup> Informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (véase la nota 857 *supra*), párr. 374.

comentario al artículo 40 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos<sup>932</sup>. No obstante, en el comentario al artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos solo se hace referencia a la prohibición de la discriminación racial, sin mención alguna del *apartheid*<sup>933</sup>. En el informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional también se hace referencia a la prohibición de la discriminación racial y el *apartheid*<sup>934</sup>. Sin embargo, en las conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional se menciona la prohibición del *apartheid* junto con la tortura, y no se habla de la discriminación racial<sup>935</sup>.

10) El anexo también incluye la prohibición de la esclavitud como sexta norma de la lista de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) a las que la Comisión se ha referido anteriormente. La Comisión se refirió a la prohibición de la esclavitud como norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) en el comentario al proyecto de artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos<sup>936</sup>. En el comentario al proyecto de artículo 40 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos se hace referencia a la prohibición de la esclavitud y la trata de esclavos<sup>937</sup>. En el comentario al proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, por su parte, se habla de la prohibición de la trata de esclavos<sup>938</sup>.

11) La prohibición de la tortura es la séptima norma del anexo. La Comisión se refiere a la prohibición de la tortura en el comentario al proyecto de artículo 40 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos<sup>939</sup>. En el comentario al proyecto de artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, la Comisión habla de la prohibición de los “delitos contra la humanidad y [la] tortura”<sup>940</sup>. En las conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional, por otra parte, se hace referencia a la prohibición del “*apartheid* y la tortura”<sup>941</sup>.

12) La última norma que figura en el anexo es el derecho a la libre determinación. Al describirla como norma de carácter imperativo, la Comisión, en sus textos en inglés, ha utilizado la formulación “*the right of self-determination*”, aunque a veces ha hablado de “*the right to self-determination*”<sup>942</sup>.

<sup>932</sup> Véase el párrafo 4) del comentario al artículo 40 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

<sup>933</sup> *Ibid.*, párrafo 5) del comentario al artículo 26.

<sup>934</sup> Informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (véase la nota 857 *supra*), párr. 374.

<sup>935</sup> Véase la conclusión 33) de las conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (nota 863 *supra*).

<sup>936</sup> Véase el párrafo 5) del comentario al artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

<sup>937</sup> *Ibid.*, párrafo 4) del comentario al artículo 40. Esa es también la formulación empleada en el informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (véase la nota 857 *supra*), párr. 374.

<sup>938</sup> Véase el párrafo 3) del comentario al proyecto de artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados.

<sup>939</sup> Véase el párrafo 5) del comentario al artículo 40 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. En el informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (véase la nota 857 *supra*, párr. 374) también se hace referencia a la prohibición de la tortura como ejemplo de norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*).

<sup>940</sup> Véase el párrafo 5) del comentario al artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

<sup>941</sup> Véase la conclusión 33) de las Conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (nota 863 *supra*).

<sup>942</sup> Véase el párrafo 5) del comentario al artículo 40 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en el que la Comisión menciona la “obligación de respetar el derecho a la libre determinación”. Véanse también la conclusión 33) de las conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (nota 863 *supra*) y el informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (nota 857 *supra*), párr. 374. En el párrafo 3)

13) Como se explica en el párrafo 2), la lista no es exhaustiva, no solo en el sentido de que no pretende abarcar todas las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) que puedan existir o que puedan surgir en el futuro, sino también en el sentido de que no refleja todas las normas a las que la Comisión se ha referido de alguna manera como normas de carácter imperativo. Esto incluye las normas que la Comisión ha examinado en sus deliberaciones. Por ejemplo, en el comentario al proyecto de artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, la Comisión se refiere, entre otras cosas, a la prohibición de la piratería y al principio de “igualdad [soberana] de los Estados”, que es un principio fundamental de la Carta de las Naciones Unidas<sup>943</sup>. La Comisión también ha hecho referencia al importante papel de la Carta de las Naciones Unidas, en especial las disposiciones de la Carta que establecen los propósitos y principios de las Naciones Unidas, para el desarrollo de normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). En el proyecto de artículos aprobado en primera lectura en 1976 en relación con el tema “Responsabilidad del Estado”, la Comisión también hizo referencia a las obligaciones “de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares”, como normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)<sup>944</sup>.

14) Las normas contenidas en el anexo no siguen ningún orden determinado. Su orden no indica en modo alguno una jerarquía entre ellas.

#### Anexo

- a) La prohibición de la agresión;
- b) La prohibición del genocidio;
- c) La prohibición de los crímenes de lesa humanidad;
- d) Las normas básicas del derecho internacional humanitario;
- e) La prohibición de la discriminación racial y el *apartheid*;
- f) La prohibición de la esclavitud;
- g) La prohibición de la tortura;
- h) El derecho a la libre determinación.

---

del comentario al proyecto de artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, la Comisión habla del “principio de la libre determinación”. En el párrafo 5) del comentario al artículo 26 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, la Comisión hace referencia al derecho a la libre determinación.

<sup>943</sup> Véase el párrafo 3) del comentario al proyecto de artículo 50 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados.

<sup>944</sup> Proyecto de artículo 19, párrafo 3 d), del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado, Anuario..., 1976, vol. II (segunda parte), pág. 94, leído conjuntamente con los párrafos 17) y 18) del comentario al proyecto de artículo 19 (*ibid.*, págs. 100 y 101).

## Capítulo VI

### Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados

#### A. Introducción

58. En su 65º período de sesiones (2013), la Comisión decidió incluir el tema “Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados” en su programa de trabajo y nombró Relatora Especial a la Sra. Marie G. Jacobsson<sup>945</sup>.

59. La Comisión recibió y examinó tres informes entre los períodos de sesiones 66º (2014) y 68º (2016)<sup>946</sup>. En su 66º período de sesiones (2014), la Comisión examinó el informe preliminar de la Relatora Especial<sup>947</sup>. En su 67º período de sesiones (2015), la Comisión examinó el segundo informe de la Relatora Especial<sup>948</sup> y tomó nota del proyecto de disposiciones introductorias y de los proyectos de principio aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción, que fueron ulteriormente reenumerados y revisados por razones técnicas por el Comité de Redacción en el 68º período de sesiones<sup>949</sup>. Así, la Comisión aprobó provisionalmente, en ese período de sesiones, los proyectos de principio 1, 2, 5, 9, 10, 11, 12 y 13, con sus comentarios<sup>950</sup>. En el mismo período de sesiones, la Comisión también examinó el tercer informe de la Relatora Especial<sup>951</sup> y tomó nota de los proyectos de principio 4, 6 a 8 y 14 a 18 aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción<sup>952</sup>, si bien no aprobó provisionalmente ningún comentario.

60. En su 69º período de sesiones (2017), la Comisión estableció un Grupo de Trabajo encargado de examinar el plan a seguir en relación con el tema, dado que la Sra. Jacobsson había dejado de ser miembro de la Comisión<sup>953</sup>. El Grupo de Trabajo, presidido por el Sr. Vázquez-Bermúdez, tuvo ante sí los proyectos de comentario preparados por la Relatora Especial, aun cuando ya no era miembro de la Comisión, a los proyectos de principio 4, 6 a 8 y 14 a 18, que habían sido aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en el 68º período de sesiones y de los que la Comisión había tomado nota en ese mismo período de sesiones. El Grupo de Trabajo recomendó a la Comisión que nombrara un nuevo Relator Especial a fin de que ayudara a concluir de manera satisfactoria la labor sobre el tema<sup>954</sup>. Tras el informe oral del Presidente del Grupo de Trabajo, la Comisión decidió nombrar Relatora Especial a la Sra. Marja Lehto<sup>955</sup>.

61. En su 70º período de sesiones (2018), la Comisión estableció un Grupo de Trabajo presidido por el Sr. Vázquez-Bermúdez con el propósito de ayudar a la Relatora Especial a preparar los proyectos de comentario a los proyectos de principio 4, 6 a 8 y 14 a 18, que habían sido aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en el 69º período de

<sup>945</sup> La decisión se adoptó en la 3171ª sesión de la Comisión, celebrada el 28 de mayo de 2013 (véase *Anuario...*, 2013, vol. II (segunda parte), pág. 84, párr. 167). Para consultar la sinopsis del tema, véase *Anuario...*, 2011, vol. II (segunda parte), anexo V.

<sup>946</sup> Documentos [A/CN.4/674](#) y [Corr.1](#) (informe preliminar), [A/CN.4/685](#) (segundo informe) y [A/CN.4/700](#) (tercer informe).

<sup>947</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10)*, cap. XI.

<sup>948</sup> *Ibid.*, *septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/70/10)*, cap. IX.

<sup>949</sup> Documentos [A/CN.4/L.870](#) y [A/CN.4/L.870/Rev.1](#).

<sup>950</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/71/10)*, párr. 188.

<sup>951</sup> *Ibid.*, cap. X.

<sup>952</sup> Documento [A/CN.4/L.876](#).

<sup>953</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/72/10)*, párr. 255.

<sup>954</sup> *Ibid.*, párr. 260.

<sup>955</sup> *Ibid.*, párr. 262.



sesiones y de los que la Comisión había tomado nota en ese mismo período de sesiones<sup>956</sup>. La Comisión aprobó provisionalmente, en ese período de sesiones, los proyectos de principio 4, 6 a 8 y 14 a 18, con sus comentarios<sup>957</sup>. También en el 70º período de sesiones, la Comisión examinó el primer informe de la Relatora Especial<sup>958</sup> y tomó nota de los proyectos de principio 19, 20 y 21, aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción<sup>959</sup>.

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

62. En el actual período de sesiones, en su 3455ª sesión, celebrada el 1 de mayo de 2019, la Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de principio 19, 20 y 21, aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en el 70º período de sesiones.

63. En sus sesiones 3464ª a 3471ª, celebradas los días 15 a 27 de mayo de 2019, la Comisión examinó el segundo informe de la Relatora Especial (A/CN.4/728).

64. En su segundo informe, la Relatora Especial abordó algunas cuestiones relacionadas con la protección del medio ambiente en los conflictos armados no internacionales, prestando especial atención a la forma en que las normas y prácticas internacionales relativas a los recursos naturales podían mejorar la protección del medio ambiente durante esos conflictos y después de ellos. En el segundo informe también se abordaban algunas cuestiones relacionadas con la responsabilidad en sentido general y la responsabilidad civil de los Estados y los actores no estatales. Así, la Relatora Especial propuso siete proyectos de principio<sup>960</sup>.

65. En su 3471ª sesión, celebrada el 27 de mayo de 2019, la Comisión remitió al Comité de Redacción los proyectos de principio 6 *bis*, 8 *bis*, 13 *bis*, 13 *ter*, 13 *quater*, 13 *quinqües* y 14 *bis* que figuraban en el segundo informe de la Relatora Especial, teniendo en cuenta el debate en sesión plenaria de la Comisión.

66. En su 3475ª sesión, celebrada el 8 de julio de 2019, el Presidente del Comité de Redacción presentó<sup>961</sup> el informe del Comité sobre el tema “Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados” (A/CN.4/L.937). En la misma sesión, la Comisión aprobó provisionalmente en primera lectura el proyecto de principios sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados (véase la sección C.1 *infra*).

67. En sus sesiones 3504ª a 3506ª, celebradas los días 7 y 8 de agosto de 2019, la Comisión aprobó los comentarios al proyecto de principios sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados (véase la sección C.2 *infra*).

68. En su 3506ª sesión, celebrada el 8 de agosto de 2019, la Comisión decidió, de conformidad con los artículos 16 a 21 de su estatuto, remitir el proyecto de principios sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados (véase la sección C *infra*), por conducto del Secretario General, a los Gobiernos, las organizaciones internacionales, incluidas las de las Naciones Unidas y su Programa para el Medio Ambiente, así como a otras entidades, como el Comité Internacional de la Cruz Roja y el Instituto de Derecho Ambiental, para que formularan comentarios y observaciones, con la

<sup>956</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/73/10)*, cap. IX.

<sup>957</sup> *Ibid.*, párr. 218.

<sup>958</sup> Documento A/CN.4/720.

<sup>959</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/73/10)*, párr. 172.

<sup>960</sup> Véase el segundo informe de la Relatora Especial (A/CN.4/728): proyecto de principio 6 *bis* (Debida diligencia corporativa), proyecto de principio 8 *bis* (Cláusula de Martens), proyecto de principio 13 *bis* (Técnicas de modificación ambiental), proyecto de principio 13 *ter* (Pillaje), proyecto de principio 13 *quater* (Responsabilidad en sentido general y responsabilidad civil), proyecto de principio 13 *quinqües* (Responsabilidad corporativa) y proyecto de principio 14 *bis* (Desplazamientos humanos).

<sup>961</sup> La declaración del Presidente del Comité de Redacción puede consultarse en el sitio web de la Comisión (<http://legal.un.org/ilc>).

petición de que presentaran al Secretario General dichos comentarios y observaciones antes del 1 de diciembre de 2020.

69. En su 3506ª sesión, celebrada el 8 de agosto de 2019, la Comisión expresó su profundo reconocimiento a la Relatora Especial, la Sra. Marja Lehto, por la extraordinaria contribución realizada, que había permitido a la Comisión culminar con éxito la primera lectura del proyecto de principios sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados. La Comisión también reiteró su profundo agradecimiento a la anterior Relatora Especial, la Sra. Marie G. Jacobsson, por su valiosa contribución a la labor sobre el tema.

## **C. Texto del proyecto de principios sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados aprobado por la Comisión en primera lectura**

### **1. Texto del proyecto de principios**

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

#### **Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados**

##### **Primera parte**

##### **Introducción**

##### **Principio 1**

##### **Alcance**

El presente proyecto de principios se aplica a la protección del medio ambiente antes o después de un conflicto armado, o durante el mismo.

##### **Principio 2**

##### **Propósito**

El presente proyecto de principios tiene por objeto mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, entre otras cosas con medidas preventivas para reducir al mínimo los daños al medio ambiente durante un conflicto armado y con medidas de reparación.

##### **Segunda [Primera] parte**

##### **Principios de aplicación general**

##### **Principio 3 [4]**

##### **Medidas para mejorar la protección del medio ambiente**

1. Los Estados, de conformidad con las obligaciones que les incumban en virtud del derecho internacional, adoptarán medidas legislativas, administrativas, judiciales u otras medidas efectivas para mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados.

2. Además, los Estados deben adoptar otras medidas, en su caso, para mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados.

##### **Principio 4 [I-(x), 5]**

##### **Designación de zonas protegidas**

Los Estados deben designar, mediante acuerdo o de otro modo, las zonas de gran importancia ambiental y cultural como zonas protegidas.

**Principio 5 [6]****Protección del medio ambiente de los pueblos indígenas**

1. Los Estados deben adoptar medidas apropiadas, en caso de conflicto armado, para proteger el medio ambiente de los territorios en que habiten pueblos indígenas.

2. Después de un conflicto armado que haya afectado de manera adversa al medio ambiente de territorios en que habiten pueblos indígenas, los Estados deben mantener consultas y una cooperación efectivas con los pueblos indígenas en cuestión, mediante procedimientos apropiados y, en particular, por conducto de instituciones que los representen, con el fin de adoptar medidas de reparación.

**Principio 6 [7]****Acuerdos sobre la presencia de fuerzas militares en relación con conflictos armados**

Los Estados y las organizaciones internacionales deben, cuando proceda, incluir disposiciones en materia de protección ambiental en los acuerdos sobre la presencia de fuerzas militares en relación con conflictos armados. Tales disposiciones pueden incluir medidas preventivas, evaluaciones del impacto y medidas de restauración y de limpieza.

**Principio 7 [8]****Operaciones de paz**

Los Estados y las organizaciones internacionales que participen en operaciones de paz en relación con conflictos armados considerarán el impacto de esas operaciones en el medio ambiente y adoptarán medidas apropiadas para prevenir, mitigar y reparar las consecuencias ambientales negativas que se deriven.

**Principio 8****Desplazamientos humanos**

Los Estados, las organizaciones internacionales y otros actores pertinentes deben adoptar medidas apropiadas para prevenir y mitigar la degradación ambiental en las zonas donde se encuentren personas desplazadas por un conflicto armado, a la vez que prestar socorro y asistencia a esas personas y a las comunidades locales.

**Principio 9****Responsabilidad del Estado**

1. Todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado, en relación con un conflicto armado, que cause daños al medio ambiente generará la responsabilidad internacional de ese Estado, que estará obligado a reparar íntegramente esos daños, incluidos los daños al medio ambiente en sí mismo.

2. El presente proyecto de principios se entenderá sin perjuicio de las normas sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

**Principio 10****Debida diligencia corporativa**

Los Estados deben adoptar medidas legislativas y de otra índole apropiadas destinadas a velar por que las corporaciones y otras empresas que operen en su territorio o desde él actúen con la debida diligencia en lo que respecta a la protección del medio ambiente, también en relación con la salud humana, cuando realicen actividades en una zona de conflicto armado o en una situación posterior a un conflicto armado. Esas medidas incluirán las destinadas a velar por que los recursos naturales se adquieran u obtengan de una manera ambientalmente sostenible.

**Principio 11**  
**Responsabilidad civil corporativa**

Los Estados deben adoptar medidas legislativas y de otra índole apropiadas destinadas a velar por que las corporaciones y otras empresas que operen en su territorio o desde él puedan ser consideradas responsables de los daños que hayan causado al medio ambiente, también en relación con la salud humana, en una zona de conflicto armado o en una situación posterior a un conflicto armado. Esas medidas deben incluir, en su caso, las destinadas a velar por que las corporaciones u otras empresas puedan ser consideradas responsables en la medida en que esos daños hayan sido causados por una filial suya que actúe bajo su control *de facto*. A tal efecto, los Estados deben prever, en su caso, procedimientos y medios de reparación adecuados y efectivos, en particular para las víctimas de esos daños.

**Tercera [Segunda] parte**  
**Principios aplicables durante un conflicto armado****Principio 12**  
**Cláusula de Martens con respecto a la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados**

En los casos no contemplados por acuerdos internacionales, el medio ambiente quedará bajo la protección y el gobierno de los principios del derecho internacional derivados de la costumbre establecida, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública.

**Principio 13 [II-1, 9]**  
**Protección general del medio ambiente natural durante un conflicto armado**

1. El medio ambiente natural se respetará y protegerá de conformidad con el derecho internacional aplicable y, en particular, el derecho de los conflictos armados.
2. Se velará por la protección del medio ambiente natural contra los daños vastos, duraderos y graves.
3. Ninguna parte del medio ambiente natural podrá ser atacada, a menos que se haya convertido en un objetivo militar.

**Principio 14 [II-2, 10]**  
**Aplicación del derecho de los conflictos armados al medio ambiente natural**

El derecho de los conflictos armados, incluidos los principios y normas sobre distinción, proporcionalidad, necesidad militar y precauciones en el ataque, será de aplicación al medio ambiente natural con miras a su protección.

**Principio 15 [II-3, 11]**  
**Consideraciones ambientales**

Las consideraciones ambientales se tendrán en cuenta al aplicar el principio de proporcionalidad y las normas sobre necesidad militar.

**Principio 16 [II-4, 12]**  
**Prohibición de las represalias**

Quedan prohibidos los ataques contra el medio ambiente natural como represalia.

**Principio 17 [II-5, 13]****Zonas protegidas**

Se protegerán de cualquier ataque las zonas de gran importancia ambiental y cultural designadas mediante acuerdo como zonas protegidas, siempre que no contengan un objetivo militar.

**Principio 18****Prohibición del pillaje**

Queda prohibido el pillaje de recursos naturales.

**Principio 19****Técnicas de modificación ambiental**

De conformidad con sus obligaciones internacionales, los Estados no utilizarán técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles que tengan efectos vastos, duraderos o graves como medios para ocasionar destrucción, daños o perjuicios a otro Estado.

**Cuarta parte****Principios aplicables en situaciones de ocupación****Principio 20 [19]****Obligaciones generales de la Potencia ocupante**

1. La Potencia ocupante respetará y protegerá el medio ambiente del territorio ocupado de conformidad con el derecho internacional aplicable y tendrá en cuenta las consideraciones ambientales en la administración de dicho territorio.

2. La Potencia ocupante adoptará medidas apropiadas para prevenir los daños sensibles al medio ambiente del territorio ocupado que es probable que sean perjudiciales para la salud y el bienestar de la población del territorio ocupado.

3. La Potencia ocupante respetará el derecho y las instituciones del territorio ocupado en lo que se refiere a la protección del medio ambiente y solo podrá introducir cambios dentro de los límites previstos por el derecho de los conflictos armados.

**Principio 21 [20]****Utilización sostenible de los recursos naturales**

En tanto que se permita a la Potencia ocupante administrar y utilizar los recursos naturales de un territorio ocupado en beneficio de la población del territorio ocupado y con otros fines lícitos con arreglo al derecho de los conflictos armados, aquella lo hará de forma que asegure su utilización sostenible y reduzca al mínimo los daños ambientales.

**Principio 22 [21]****Debida diligencia**

La Potencia ocupante actuará con la debida diligencia para que las actividades en el territorio ocupado no causen daños sensibles al medio ambiente de zonas situadas fuera del territorio ocupado.

**Quinta [Tercera] parte****Principios aplicables después de un conflicto armado****Principio 23 [14]****Procesos de paz**

1. Las partes en un conflicto armado deben, en el contexto del proceso de paz, también, cuando proceda, en los acuerdos de paz, ocuparse de las cuestiones relativas a la restauración y la protección del medio ambiente dañado por el conflicto.

2. Las organizaciones internacionales pertinentes deben, cuando proceda, desempeñar un papel facilitador al respecto.

#### **Principio 24 [18]**

##### **Intercambio de información y acceso a esta**

1. Para facilitar las medidas de reparación después de un conflicto armado, los Estados y las organizaciones internacionales pertinentes intercambiarán información relevante y permitirán el acceso a esta de conformidad con las obligaciones que les incumban en virtud del derecho internacional.

2. Nada de lo previsto en el presente proyecto de principio obliga a un Estado o una organización internacional a intercambiar información esencial para la defensa nacional o para la seguridad, ni a permitir el acceso a esta. No obstante, ese Estado o esa organización internacional cooperarán de buena fe para proporcionar tanta información como sea posible teniendo en cuenta las circunstancias.

#### **Principio 25 [15]**

##### **Evaluaciones ambientales y medidas de reparación posteriores a un conflicto armado**

Se alienta la cooperación entre los actores pertinentes, incluidas las organizaciones internacionales, en relación con las evaluaciones ambientales y las medidas de reparación posteriores a un conflicto armado.

#### **Principio 26**

##### **Socorro y asistencia**

Cuando, en relación con un conflicto armado, la fuente de los daños ambientales no se haya identificado o no haya acceso a una reparación, se alienta a los Estados a que adopten medidas apropiadas para que los daños no queden sin reparar o sin indemnizar, y estos podrán considerar el establecimiento de fondos de indemnización especiales o la prestación de otras formas de socorro o asistencia.

#### **Principio 27 [16]**

##### **Restos de guerra**

1. Después de un conflicto armado, las partes en el conflicto se ocuparán de eliminar o inutilizar los restos de guerra tóxicos y peligrosos bajo su jurisdicción o control que estén causando o corran el riesgo de causar daños al medio ambiente. Tales medidas se adoptarán con sujeción a las normas de derecho internacional aplicables.

2. Las partes también se esforzarán por alcanzar un acuerdo, entre ellas y, cuando proceda, con otros Estados y con organizaciones internacionales, sobre asistencia técnica y material, incluida, en su caso, la realización de operaciones conjuntas para eliminar o inutilizar tales restos de guerra tóxicos y peligrosos.

3. Los párrafos 1 y 2 se entenderán sin perjuicio de cualquier derecho u obligación de derecho internacional de limpiar, eliminar, destruir o mantener campos de minas, zonas minadas, minas, trampas explosivas, artefactos explosivos y otros artefactos.

#### **Principio 28 [17]**

##### **Restos de guerra en el mar**

Los Estados y las organizaciones internacionales pertinentes deben cooperar para que los restos de guerra en el mar no constituyan un peligro para el medio ambiente.

## 2. Texto del proyecto de principios sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, con sus comentarios

71. El texto del proyecto de principios, con sus comentarios, aprobado por la Comisión en primera lectura en su 71<sup>er</sup> período de sesiones, figura a continuación.

### Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados

#### Primera parte Introducción

##### Comentario

- 1) Como ocurre siempre con la labor de la Comisión, el proyecto de principios ha de leerse con sus comentarios.
- 2) En lo que concierne a su estructura, el proyecto de principios se divide en cinco partes, incluida una parte inicial titulada "Introducción", en la que se enuncian proyectos de principio sobre el alcance y el propósito del proyecto de principios. La segunda parte contiene orientaciones para la protección del medio ambiente *antes* del comienzo de un conflicto armado, pero también proyectos de principio de naturaleza más general que son pertinentes para más de una fase temporal: antes o después de un conflicto armado, o durante el mismo. La tercera parte se refiere a la protección del medio ambiente *durante* un conflicto armado y la cuarta parte versa sobre la protección del medio ambiente en situaciones de ocupación. La quinta parte contiene proyectos de principio relativos a la protección del medio ambiente *después* de un conflicto armado.
- 3) Las disposiciones se han redactado como un proyecto de "principios". La Comisión ha optado en otras ocasiones por formular el resultado final de sus trabajos como un proyecto de principios, tanto en el caso de disposiciones que enuncian principios de derecho internacional como cuando se trata de declaraciones no vinculantes que tienen por objeto contribuir al desarrollo progresivo del derecho internacional y a proporcionar orientación adecuada a los Estados<sup>962</sup>. El presente proyecto de principios contiene disposiciones con distinto valor normativo, incluidas algunas que puede considerarse que reflejan el derecho internacional consuetudinario y otras de carácter más recomendatorio.
- 4) El proyecto de principios se preparó teniendo presente la intersección entre el derecho internacional relativo al medio ambiente y el derecho de los conflictos armados.
- 5) En cuanto a los términos empleados, la Comisión decidirá en la segunda lectura si utiliza la expresión "medio ambiente natural" o "medio ambiente" en las disposiciones de la tercera parte que se basan en el Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra<sup>963</sup>.

#### Principio 1 Alcance

El presente proyecto de principios se aplica a la protección del medio ambiente antes o después de un conflicto armado, o durante el mismo.

##### Comentario

- 1) Esta disposición, en la que se define el alcance del proyecto de principios, establece que este abarca tres fases temporales: antes y después de un conflicto armado, y durante el

<sup>962</sup> Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Núremberg, *Yearbook...* 1950, vol. II, documento A/1316, tercera parte, pág. 374. Véanse también los principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, *Anuario...*, 2006, vol. II (segunda parte), párrs. 51 a 67, págs. 62 a 100, y Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas, *Anuario...*, 2006, vol. II (segunda parte), párrs. 160 a 177, págs. 173 a 177.

<sup>963</sup> Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo adicional I) (Ginebra, 8 de junio de 1977), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1125, núm. 17512, pág. 3. Véanse también los proyectos de principio 13, 14 y 16.

mismo. Se consideró importante señalar desde el comienzo que, en lo que respecta a su alcance, el proyecto de principios se refiere a esas tres fases. La conjunción disyuntiva “o” trata de subrayar que no todos los proyectos de principio serán aplicables durante todas las fases. No obstante, vale la pena poner de relieve que, a veces, se da cierto grado de coincidencia entre esas tres fases. Además, el enunciado se basa en los debates mantenidos en el seno de la Comisión de Derecho Internacional y de la Sexta Comisión de la Asamblea General<sup>964</sup>.

2) La división de los principios en las fases temporales descritas anteriormente (aunque sin líneas divisorias estrictas) establece el alcance *ratione temporis* del proyecto de principios. Se consideró que, al abordarlo desde una perspectiva temporal y no desde la perspectiva de diversas ramas del derecho internacional, como el derecho internacional del medio ambiente, el derecho de los conflictos armados y el derecho internacional de los derechos humanos, el tema sería más manejable y fácil de configurar. Las fases temporales abordarían sobre las medidas jurídicas adoptadas para proteger el medio ambiente antes y después de un conflicto armado, y durante el mismo. Ese planteamiento permitía que la Comisión determinara las cuestiones jurídicas concretas relacionadas con el tema que surgían en las diferentes fases de un conflicto armado, lo que facilitaba la elaboración del proyecto de principios<sup>965</sup>.

3) En cuanto al alcance *ratione materiae* del proyecto de principios, se hace referencia a la “protección del medio ambiente” en relación con los “conflictos armados”. No se distingue en general entre conflictos armados internacionales y conflictos armados no internacionales.

## **Principio 2**

### **Propósito**

El presente proyecto de principios tiene por objeto mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, entre otras cosas con medidas preventivas para reducir al mínimo los daños al medio ambiente durante un conflicto armado y con medidas de reparación.

### **Comentario**

1) Esta disposición enuncia el propósito fundamental del proyecto de principios. Deja claro que el objeto del proyecto de principios es mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados e indica los tipos generales de medidas que se requerirían para ofrecer la protección necesaria. Esas medidas son medidas preventivas, que tienen por objeto reducir al mínimo los daños al medio ambiente durante un conflicto armado, y medidas de reparación, destinadas a restaurar el medio ambiente después de que se hayan causado daños de resultados de un conflicto armado.

2) Al igual que la disposición sobre el alcance, la presente disposición abarca las tres fases temporales. Si bien se ha reconocido tanto en la Comisión<sup>966</sup> como en la Sexta Comisión de la Asamblea General<sup>967</sup> que las tres fases están estrechamente relacionadas<sup>968</sup>, las palabras “medidas preventivas para reducir al mínimo los daños” están relacionadas sobre todo con la situación existente antes del conflicto armado y durante el mismo, mientras que las palabras “medidas de reparación” se refieren principalmente a la fase posterior al conflicto. Hay que tener en cuenta que un Estado puede adoptar medidas de

<sup>964</sup> El tema se incluyó en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión en 2011 y pasó a formar parte del actual programa de trabajo en 2013, véanse *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/66/10)*, anexo E, e *ibid.*, *sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10)*, párr. 131.

<sup>965</sup> Véanse *ibid.*, *sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10)*, párr. 135, e *ibid.*, *sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10)*, párrs. 192 a 213.

<sup>966</sup> Véase, por ejemplo, *A/CN.4/685*, párr. 18.

<sup>967</sup> *Ibid.*, nota 18: Noruega (en nombre de los países nórdicos) (*A/C.6/69/SR.25*, párr. 133), Portugal (*A/C.6/69/SR.26*, párr. 6), Singapur (*A/C.6/69/SR.26*, párr. 66), Nueva Zelandia (*A/C.6/69/SR.27*, párr. 3) e Indonesia (*A/C.6/69/SR.27*, párr. 67).

<sup>968</sup> Por ejemplo, pueden ser necesarias medidas de reparación durante una ocupación.



reparación para la restauración del medio ambiente incluso antes de que haya terminado el conflicto.

3) En la versión inglesa, la expresión “*remedial measures*” se prefirió a “*restorative measures*” por considerarla más clara y de alcance más amplio, ya que abarca cualquier medida de reparación que se adopte para restaurar el medio ambiente. Estas pueden referirse, entre otras cosas, a la pérdida o los daños causados por deterioro del medio ambiente, los costos de las medidas razonables de restablecimiento y los costos razonables de limpieza relacionados con los costos de las medidas de respuesta razonables.

## **Segunda parte**

### **Principios de aplicación general**

#### **Principio 3**

##### **Medidas para mejorar la protección del medio ambiente**

1. Los Estados, de conformidad con las obligaciones que les incumban en virtud del derecho internacional, adoptarán medidas legislativas, administrativas, judiciales u otras medidas efectivas para mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados.

2. Además, los Estados deben adoptar otras medidas, en su caso, para mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados.

#### **Comentario**

1) El proyecto de principio 3 reconoce que los Estados están obligados a adoptar medidas efectivas para mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados. En el párrafo 1 se recuerdan las obligaciones dimanantes del derecho internacional y en el párrafo 2 se alienta a los Estados a que adopten voluntariamente otras medidas efectivas. La expresión “para mejorar la protección del medio ambiente”, que figura en ambos párrafos, corresponde al propósito del proyecto de principios. Asimismo, la expresión “en relación con los conflictos armados”, que también aparece en ambos párrafos, tiene por objeto subrayar el vínculo entre la protección del medio ambiente y los conflictos armados.

2) En el párrafo 1 se indica que los Estados tienen la obligación, en virtud del derecho internacional, de mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados y se hace referencia a las medidas que los Estados están obligados a tomar con ese fin. El uso del tiempo verbal en futuro indica esa obligación. El requisito queda matizado por la expresión “de conformidad con las obligaciones que les incumban en virtud del derecho internacional”, que indica que la disposición no exige a los Estados adoptar medidas que vayan más allá de sus obligaciones existentes. Las obligaciones específicas que esta disposición impone a cada Estado variarán en función de las obligaciones que incumban a ese Estado en virtud del derecho internacional.

3) Por consiguiente, el párrafo 1 se formula en términos generales para abarcar un amplio abanico de medidas. La disposición incluye ejemplos de los tipos de medidas que pueden adoptar los Estados, a saber, “medidas legislativas, administrativas, judiciales u otras medidas”. No se pretende ofrecer una lista de ejemplos exhaustiva, como indica la categoría abierta “otras medidas”, sino destacar los tipos de medidas más pertinentes que han de adoptar los Estados.

4) El derecho de los conflictos armados impone varias obligaciones a los Estados que, directa o indirectamente, contribuyen a la consecución del objetivo de mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados. No obstante, la expresión “en virtud del derecho internacional” es más amplia y abarca también otras obligaciones convencionales o consuetudinarias relativas a la protección del medio ambiente antes o después de un conflicto armado, o durante el mismo, ya sean derivadas del derecho internacional del medio ambiente, del derecho de los derechos humanos o de otras ramas del derecho.

5) En lo que respecta al derecho de los conflictos armados, la obligación de divulgar el derecho de los conflictos armados entre las fuerzas armadas y, en la medida de lo posible, entre la población civil contribuye a la protección del medio ambiente<sup>969</sup>. A ese respecto, en el artículo 83 del Protocolo adicional I figura una disposición pertinente, que establece que las Altas Partes Contratantes tienen la obligación de difundir entre sus fuerzas información acerca de los artículos 35 y 55<sup>970</sup>, entre otras disposiciones. Esta obligación también puede estar relacionada con el artículo 1 común a los Convenios de Ginebra, en el que los Estados partes se comprometen a respetar y hacer respetar los Convenios en cualquier circunstancia<sup>971</sup>. Esa difusión puede llevarse a cabo, por ejemplo, incluyendo información pertinente en los manuales militares<sup>972</sup>, como se propugna en las Directrices sobre la Protección del Medio Ambiente en Tiempo de Conflicto Armado para Manuales y Programas de Instrucción Militares, del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)<sup>973</sup>.

<sup>969</sup> Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña (Convenio I) (Ginebra, 12 de agosto de 1949), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 75, núm. 970, pág. 31, art. 47; Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar (Convenio II) (Ginebra, 12 de agosto de 1949), *ibid.*, núm. 971, pág. 85, art. 48; Convenio de Ginebra relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra (Convenio III) (Ginebra, 12 de agosto de 1949), *ibid.*, núm. 972, pág. 135, art. 127; Convenio de Ginebra relativo a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (Convenio IV) (Ginebra, 12 de agosto de 1949), *ibid.*, núm. 973, pág. 287, art. 144; Protocolo adicional I, art. 83; 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 (Protocolo adicional II) (Ginebra, 8 de junio de 1977), *ibid.*, núm. 17513, pág. 609, art. 19; Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional (Protocolo adicional III) (Ginebra, 8 de diciembre de 2005), *ibid.*, vol. 2404, núm. 43425, pág. 261, art. 7; y Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados (en adelante, “Convención sobre Ciertas Armas Convencionales”) (Ginebra, 10 de octubre de 1980), *ibid.*, vol. 1342, núm. 22495, pág. 137, art. 6. Véase también J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck (eds.), *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, vol. I, *Normas* (Cambridge, Cambridge University Press, 2005), norma 143, págs. 571 a 574.

<sup>970</sup> El artículo 35 del Protocolo adicional I dice lo siguiente:

- “1. En todo conflicto armado, el derecho de las Partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado.
2. Queda prohibido el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios.
3. Queda prohibido el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural.”

El artículo 55 dice así:

- “1. En la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves. Esta protección incluye la prohibición de emplear métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen tales daños al medio ambiente natural, comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población.
2. Quedan prohibidos los ataques contra el medio ambiente natural como represalias.”

<sup>971</sup> Convenio de Ginebra I, art. 1; Convenio de Ginebra II, art. 1; Convenio de Ginebra III, art. 1; Convenio de Ginebra IV, art. 1.

<sup>972</sup> Entre los Estados que han introducido ese tipo de disposiciones en sus manuales militares figuran Alemania, la Argentina, Australia, Bélgica, Benin, Burundi, el Canadá, el Chad, Colombia, Côte d’Ivoire, España, los Estados Unidos de América, la Federación de Rusia, Francia, Italia, Kenya, Nueva Zelandia, los Países Bajos, el Perú, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, la República Centroafricana, Sudáfrica, Suecia, Suiza, el Togo y Ucrania. La información puede consultarse en [https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2\\_rul\\_rule45](https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule45) (consulta realizada el 8 de julio de 2019).

<sup>973</sup> En las Directrices sobre la Protección del Medio Ambiente en Tiempo de Conflicto Armado para Manuales y Programas de Instrucción Militares (A/49/323, anexo) se establece (directriz 17) que “[I]os Estados darán a estas normas la máxima difusión posible en sus respectivos países, y las incluirán en sus programas de instrucción militar y civil”.

6) También se interpreta que el artículo 1 común requiere que los Estados, cuando estén en condiciones de hacerlo, ejerzan su influencia para impedir las infracciones de los Convenios de Ginebra por cualquiera de las partes en un conflicto armado y ponerles fin<sup>974</sup>. En lo que respecta a la protección del medio ambiente, esto podría entrañar, por ejemplo, el intercambio de conocimientos científicos sobre la naturaleza de los daños causados al medio ambiente natural por ciertos tipos de armas, o un asesoramiento técnico sobre cómo proteger zonas de especial fragilidad o importancia ecológica.

7) La obligación adicional de realizar “un examen de las armas” figura en el artículo 36 del Protocolo adicional I. Con arreglo a esa disposición, toda Alta Parte Contratante tendrá la obligación de determinar si el empleo de una nueva arma, en ciertas condiciones o en todas las circunstancias, estaría prohibido por el Protocolo adicional I o por cualquier otra norma de derecho internacional aplicable<sup>975</sup>. Cabe destacar que la obligación abarca el estudio, el desarrollo, la adquisición o la adopción de todos los medios o métodos de guerra: tanto las armas como la forma en que pueden utilizarse<sup>976</sup>. Según el comentario del CICR a los Protocolos adicionales, el artículo 36 implica la obligación de establecer procedimientos internos que permitan dilucidar el problema de la legalidad. Se sabe que varios Estados, incluidos algunos que no son parte en el Protocolo adicional I, han establecido ese tipo de procedimientos<sup>977</sup>.

8) La obligación de realizar “un examen de las armas” es vinculante para todas las Altas Partes Contratantes en el Protocolo adicional I. La referencia a “cualquier otra norma de derecho internacional” deja claro que la obligación puede no limitarse a estudiar si el empleo de un arma determinada sería contrario al derecho de los conflictos armados. Implica, en primer lugar, un examen para determinar si el empleo de una nueva arma, o de nuevos medios o métodos de guerra, estaría prohibido en algunas o en todas las circunstancias por el Protocolo adicional I, incluidos los artículos 35 y 55, que son directamente pertinentes para la protección del medio ambiente. En segundo lugar, es necesario ir más allá del Protocolo adicional I y analizar si otras normas del derecho de los conflictos armados, ya sean convencionales o consuetudinarias, o de cualquier otra rama del derecho internacional, podrían prohibir el empleo de una nueva arma o de nuevos medios o métodos de guerra. En ese examen también se tendrá en cuenta cualquier obligación aplicable en materia de derecho internacional del medio ambiente y de derechos humanos<sup>978</sup>.

<sup>974</sup> Véase el comentario de 2016 del CICR sobre el artículo 1 del Convenio de Ginebra I (los comentarios a los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos pueden consultarse en <https://www.icrc.org/es/guerra-y-derecho/tratados-de-dih-y-el-dih-consuetudinario/convenios-de-ginebra> (consulta realizada el 8 de julio de 2019)). El estudio del CICR sobre el derecho internacional consuetudinario contiene una interpretación más amplia, según la cual la obligación de respetar y hacer respetar no se limita a los Convenios de Ginebra, sino que se aplica a todo el corpus de derecho internacional humanitario que obliga a un Estado en particular (Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario...* (nota 969 *supra*), norma 139, pág. 559).

<sup>975</sup> Protocolo adicional I, art. 36.

<sup>976</sup> C. Pilloud y J. Pictet, “Artículo 35: Normas fundamentales”, CICR, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, Y. Sandoz, C. Swinarski y B. Zimmerman (eds.) (Ginebra, Martinus Nijhoff, 1987), pág. 557, párr. 1402. El comentario al artículo 36, titulado “Armas nuevas”, remite a esta sección para una explicación de los medios y métodos en la pág. 594, párr. 1472.

<sup>977</sup> Entre los Estados que se sabe que cuentan con mecanismos nacionales para examinar la legalidad de las armas y que han puesto a disposición del CICR los instrumentos que han configurado esos mecanismos se encuentran Alemania, Australia, Bélgica, el Canadá, Dinamarca, los Estados Unidos, Noruega, los Países Bajos, el Reino Unido y Suecia. Otros Estados han indicado al CICR que llevan a cabo exámenes con arreglo a las instrucciones del Ministerio de Defensa, pero no se han facilitado. Información recibida del CICR el 31 de diciembre de 2017.

<sup>978</sup> Algunos Estados, como el Reino Unido, Suecia y Suiza, estiman útil que se tenga en cuenta el derecho internacional de los derechos humanos en el examen de las armas militares, porque, en algunos casos (por ejemplo, en misiones de mantenimiento de la paz), el personal militar puede utilizar armas para llevar a cabo misiones de mantenimiento del orden. Para otros comentarios al respecto, véase S. Casey-Maslen, N. Corney y A. Dymond-Bass, “The review of weapons under

9) Si bien el Protocolo adicional I se aplica únicamente a los conflictos armados internacionales, el examen de las armas a que se refiere el artículo 36 también promueve el respeto de la ley en los conflictos armados no internacionales. Además, el uso de armas que, por su propia naturaleza, surtan efectos indiscriminados y de medios o métodos de guerra que sean de tal índole que causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios están prohibidos por el derecho internacional consuetudinario<sup>979</sup>. Estas normas no se limitan a los conflictos armados internacionales<sup>980</sup>. De lo anterior se desprende que las nuevas armas y métodos de guerra deben examinarse teniendo en cuenta todas las disposiciones del derecho internacional aplicables, incluidas aquellas por las que se rigen los conflictos armados no internacionales, en particular en lo que respecta a la protección de los civiles y al principio de distinción. La obligación de no utilizar armas, medios o métodos de guerra que, por su propia naturaleza, surtan efectos indiscriminados tiene como efecto indirecto la protección del medio ambiente en los conflictos armados no internacionales. Además, han de respetarse las prohibiciones convencionales especiales de ciertas armas (como las biológicas y químicas) que pueden causar graves daños al medio ambiente.

10) Los Estados también tienen la obligación de ejercer efectivamente su jurisdicción y enjuiciar a las personas sospechosas de ciertos crímenes de guerra que afecten de algún modo a la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, en la medida en que esos crímenes entren en la categoría de infracciones graves de los Convenios de Ginebra<sup>981</sup>. Entre los ejemplos de infracciones graves, cuya represión protege de manera indirecta ciertos componentes del medio ambiente natural, se incluyen el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, así como la destrucción y la apropiación generalizadas de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas de manera ilícita y arbitraria.

11) Otra obligación convencional es que los Estados dejen constancia de la colocación de minas a fin de facilitar en el futuro la remoción de las minas terrestres<sup>982</sup>.

12) El párrafo 2 del proyecto de principio se refiere a medidas voluntarias que contribuirían a mejorar aún más la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados. Es, por tanto, menos prescriptivo que el párrafo 1 y se utiliza el verbo “deben” para reflejar esa diferencia. Las expresiones “[a]demás” y “otras medidas” sirven para indicar que esta disposición va más allá de las medidas que los Estados deberán adoptar de conformidad con las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional, que se abordan en el párrafo 1. Al igual que las medidas a que se hace referencia en el párrafo 1, las medidas adoptadas por los Estados pueden ser legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole. Asimismo, podrían consistir en acuerdos

---

international humanitarian law and human rights law”, *Weapons under International Human Rights Law*, Casey-Maslen (ed.) (Cambridge, Cambridge University Press, 2014).

<sup>979</sup> Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario...* (véase la nota 969 *supra*), normas 70 y 71, págs. 265 a 279.

<sup>980</sup> En virtud de la norma consuetudinaria de que los civiles no han de ser objeto de ataques, las armas que tienen por naturaleza efectos indiscriminados también están prohibidas en los conflictos armados no internacionales. La prohibición de armas que por naturaleza tienen efectos indiscriminados también figura en varios manuales militares aplicables a los conflictos armados no internacionales, por ejemplo, en los de Alemania, Australia, Colombia, el Ecuador, Nigeria y la República de Corea. La información puede consultarse en [https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1\\_rul\\_rule71#Fn\\_1\\_19](https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule71#Fn_1_19) (consulta realizada el 8 de julio de 2019).

<sup>981</sup> Convenio de Ginebra I, art. 49; Convenio de Ginebra II, art. 50; Convenio de Ginebra III, art. 129; Convenio de Ginebra IV, art. 146.

<sup>982</sup> Véase, por ejemplo, el Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos, según fue enmendado el 3 de mayo de 1996 (Protocolo II enmendado el 3 de mayo de 1996), que figura en un anexo de la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados (Ginebra, 3 de mayo de 1996) (en adelante, “Protocolo II enmendado de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales”), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2048, núm. 22495, pág. 93.

especiales que proporcionen protección adicional al medio ambiente natural en situaciones de conflicto armado<sup>983</sup>.

13) Además de alentar a los Estados a que adopten medidas voluntarias para mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados más allá de las obligaciones que les incumben actualmente en virtud del derecho internacional, el párrafo refleja la evolución reciente de la práctica de los Estados en ese sentido<sup>984</sup>. Para continuar con esa evolución, los Estados pueden, entre otras cosas, incluir directrices más explícitas sobre la protección del medio ambiente en sus manuales militares<sup>985</sup>. Esas directrices pueden, por ejemplo, orientarse a la formación en aspectos ambientales del personal militar que participa en operaciones de mantenimiento de la paz, así como a la realización de evaluaciones ambientales<sup>986</sup>. Los Estados también pueden adoptar medidas orientadas a mejorar la cooperación, según proceda, con otros Estados y con las organizaciones internacionales pertinentes.

14) La evolución general que el párrafo 2 pretende reflejar y alentar se basa también en la práctica de las organizaciones internacionales. Un ejemplo de esa práctica es la iniciativa de las Naciones Unidas “Greening the Blue Helmets”, cuyo objetivo es servir de programa interno de gestión ambiental sostenible<sup>987</sup>. Otro ejemplo de esta evolución es la política ambiental conjunta elaborada por el Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz y el Departamento de Apoyo a las Actividades sobre el Terreno de las Naciones Unidas. Esta política prevé la obligación de preparar estudios ambientales de referencia y adherirse a una serie de acuerdos ambientales multilaterales. Alude a tratados e instrumentos como la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo)<sup>988</sup>, la Carta Mundial de la Naturaleza<sup>989</sup>, la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres<sup>990</sup>, el Convenio sobre la Diversidad Biológica<sup>991</sup> y la Convención relativa a los Humedales de Importancia Internacional, especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (Convención de Ramsar)<sup>992</sup> como normas que deben tenerse en cuenta cuando una misión establece sus objetivos y procedimientos en relación con el medio ambiente<sup>993</sup>.

<sup>983</sup> En relación con los acuerdos especiales, véase Convenio de Ginebra I, art. 6; Convenio de Ginebra II, art. 6; Convenio de Ginebra III, art. 6; Convenio de Ginebra IV, art. 7. Véase también el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra.

<sup>984</sup> Véase, por ejemplo, Eslovenia, Normas de servicio en las fuerzas armadas de Eslovenia, tema 210; Paraguay, Consejo de la Defensa Nacional, *Política de Defensa Nacional de la República de Paraguay*, 7 de octubre de 1999, párr. I A); y Países Bajos, nota verbal de fecha 20 de abril de 2016 dirigida a la Secretaría por la Misión Permanente de los Países Bajos ante las Naciones Unidas, párr. 5. Véanse también las contribuciones en la Sexta Comisión de Croacia (A/C.6/70/SR.24), párr. 89, Cuba (*ibid.*), párr. 10, Nueva Zelandia (A/C.6/70/SR.25), párr. 102, Palau (*ibid.*), párr. 27, y la República Checa (*ibid.*), párr. 45.

<sup>985</sup> Entre los Estados que lo han hecho figuran Australia, Burundi, el Camerún, Côte d’Ivoire, los Estados Unidos, los Países Bajos, el Reino Unido, la República de Corea, Suiza y Ucrania. La información puede consultarse en [https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2\\_rul\\_rule44](https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule44) (consulta realizada el 8 de julio de 2019). Pueden encontrarse más ejemplos en A/CN.4/685, párrs. 69 a 76, y A/CN.4/700, párr. 52.

<sup>986</sup> Véase la información que aparece en el sitio web del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente sobre la recuperación ambiental tras las crisis, que puede consultarse en [www.unenvironment.org/explore-topics/disasters-conflicts/what-we-do/recovery](http://www.unenvironment.org/explore-topics/disasters-conflicts/what-we-do/recovery) (consulta realizada el 8 de julio de 2019).

<sup>987</sup> Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Greening the Blue Helmets: Environment, Natural Resources and UN Peacekeeping Operations* (Nairobi, 2012).

<sup>988</sup> *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano* (A/CONF.48/14/Rev.1; publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.73.II.A.14), cap. I.

<sup>989</sup> Resolución 37/7 de la Asamblea General, de 28 de octubre de 1982, anexo.

<sup>990</sup> Washington, 3 de marzo de 1975, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 993, núm. 14537, pág. 243.

<sup>991</sup> Convenio sobre la Diversidad Biológica (Río de Janeiro, 5 de junio de 1992), *ibid.*, vol. 1760, núm. 30619, pág. 79.

<sup>992</sup> Ramsar, 2 de febrero de 1971, *ibid.*, vol. 996, núm. 14583, pág. 245.

<sup>993</sup> Naciones Unidas, Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz y Departamento de Apoyo a las Actividades sobre el Terreno, “Environmental Guidelines for UN Field Missions”, 24 de julio de 2009. Véase también el sitio web del Departamento de Apoyo a las Actividades sobre el

#### Principio 4 Designación de zonas protegidas

Los Estados deben designar, mediante acuerdo o de otro modo, las zonas de gran importancia ambiental y cultural como zonas protegidas.

#### Comentario

1) El proyecto de principio 4 se titula “Designación de zonas protegidas” y dispone que los Estados deben designar, mediante acuerdo o de otro modo, las zonas de gran importancia ambiental y cultural como zonas protegidas. La segunda parte (“Principios de aplicación general”), en la que figura esta disposición, se ocupa de la fase anterior al conflicto, cuando hay paz, pero también contiene principios de naturaleza más general que son pertinentes para más de una fase temporal. Por tanto, el proyecto de principio 4 no excluye los supuestos en que tales zonas puedan designarse durante un conflicto armado o poco después. Además, el proyecto de principio 4 tiene su equivalente en un proyecto de principio (el proyecto de principio 17) que figura en la tercera parte (“Principios aplicables durante un conflicto armado”).

2) Un Estado puede haber adoptado ya las medidas necesarias para proteger el medio ambiente en general. Tales medidas pueden comprender, en particular, medidas preventivas en el caso de que se produzca un conflicto armado. No es raro que se atribuya a zonas físicas un estatus jurídico especial como medio para proteger y preservar una zona concreta. Ello puede hacerse mediante acuerdos internacionales o legislación nacional. En algunos casos, tales zonas no solo están protegidas en tiempo de paz, sino que además no pueden ser atacadas durante un conflicto armado<sup>994</sup>. Por lo general, así ocurre con las zonas desmilitarizadas y neutralizadas. Conviene señalar que la expresión “zonas desmilitarizadas” tiene un sentido especial en el contexto del derecho de los conflictos armados. Las zonas desmilitarizadas son establecidas por las partes en un conflicto, que tienen prohibido extender sus operaciones militares a esas zonas si tal extensión es contraria a lo estipulado en su acuerdo<sup>995</sup>. También se pueden establecer y poner en funcionamiento zonas desmilitarizadas en tiempo de paz<sup>996</sup>. El grado de desmilitarización varía, ya que puede haber desde zonas totalmente desmilitarizadas a zonas parcialmente desmilitarizadas, como las zonas libres de armas nucleares<sup>997</sup>.

3) Al designar zonas protegidas en virtud de este proyecto de principio, se debe dar especial relieve a la protección de las zonas de gran importancia ambiental susceptibles de sufrir las consecuencias adversas de las hostilidades<sup>998</sup>. Durante la elaboración de los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra se sugirió conceder una protección especial a las zonas de gran importancia ecológica<sup>999</sup>. Aunque la propuesta no fue aprobada,

---

Terreno, al que puede accederse en <https://fieldsupport.un.org/en/environment> (consulta realizada el 8 de julio de 2019).

<sup>994</sup> A/CN.4/685, párr. 210.

<sup>995</sup> Véase el Protocolo adicional I, art. 60. Véase también Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario...* (nota 969 *supra*), norma 36, pág. 135. El estudio del CICR sobre el derecho consuetudinario considera que se trata de una norma de derecho internacional consuetudinario que se aplica a los conflictos armados tanto internacionales como no internacionales.

<sup>996</sup> Véase, por ejemplo, el Tratado Antártico (Washington, 1 de diciembre de 1959), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 402, núm. 5778, pág. 71, art. I. Véase, por ejemplo, la definición que figura en M. Björklund y A. Rosas, *Ålandsöarnas Demilitarisering och Neutralisering* (Åbo, Åbo Academy Press, 1990). Las Islas Åland están desmilitarizadas y neutralizadas. Björklund y Rosas citan como otros ejemplos de zonas desmilitarizadas y neutralizadas la Isla de Spitzbergen, la Antártida y el Estrecho de Magallanes (*ibid.*, pág. 17). Véase también L. Hannikainen, “The continued validity of the demilitarized and neutralized status of the Åland Islands”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 54 (1994), págs. 614 y ss., en especial pág. 616.

<sup>997</sup> *Ibid.*

<sup>998</sup> Véase A/CN.4/685, párr. 225. Véase también C. Droegge y M.-L. Tougas, “The protection of the natural environment in armed conflict – existing rules and need for further legal protection”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 82 (2013), págs. 21 a 52, en especial pág. 43.

<sup>999</sup> El Grupo de Trabajo del Comité III de la Conferencia presentó una propuesta de proyecto de artículo 48 *ter* según la cual “se protegerán y respetarán las reservas naturales públicamente reconocidas provistas de señalamientos y límites apropiados y declarados como tales al adversario,



hay que reconocer que se propuso en una etapa relativamente temprana del desarrollo del derecho internacional del medio ambiente. Más adelante se examinarán otros tipos de zonas que son también pertinentes en este contexto.

4) Las zonas a las que se refiere este proyecto de principio pueden designarse mediante acuerdo o de otro modo. Con las palabras “mediante acuerdo o de otro modo” se pretende introducir cierta flexibilidad. Se prevén varios tipos de situaciones, entre ellas un acuerdo celebrado verbalmente o por escrito, unas declaraciones recíprocas y concordantes y una declaración o designación unilateral a través de una organización internacional. Debe tenerse en cuenta que la referencia al término “Estado” no excluye la posibilidad de celebrar acuerdos con actores no estatales. La zona declarada como protegida tiene que ser “de gran importancia ambiental y cultural”. El enunciado no concreta, a propósito, el sentido exacto de este requisito, a fin de dejar margen para desarrollarlo. Aun cuando la designación de zonas protegidas podría efectuarse en cualquier momento, debería hacerse preferiblemente antes o, por lo menos, al comienzo de un conflicto armado.

5) Huelga decir que, con arreglo al derecho internacional, un acuerdo no puede, en principio, obligar a un tercero sin el consentimiento de este<sup>1000</sup>. Así pues, dos Estados no pueden designar una zona protegida en un tercer Estado. El hecho de que los Estados no puedan regular zonas no sujetas a su soberanía o jurisdicción de un modo que sea vinculante para terceros Estados, ya sea mediante acuerdos o de otro modo, se mencionaba también en el segundo informe de la Relatora Especial<sup>1001</sup>.

6) Al principio se expresaron opiniones diferentes acerca de si debía incluirse o no el término “cultural” y finalmente, la Comisión optó por incluirlo. Se señaló que a veces es difícil trazar una clara línea divisoria entre las zonas de importancia ambiental y las de importancia cultural. Así se reconoce también en la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural (en adelante, Convención sobre el Patrimonio Mundial)<sup>1002</sup>. El hecho de que los lugares protegidos conforme a esta Convención se seleccionen con arreglo a un conjunto de diez criterios, tanto culturales como naturales (sin diferenciar entre ellos) ilustra ese aspecto<sup>1003</sup>.

7) Conviene recordar que, antes de un conflicto armado, los Estados partes en la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, de 1954<sup>1004</sup> (en adelante Convención de La Haya de 1954) y sus Protocolos están obligados a elaborar listas de los bienes culturales que desean que gocen de protección en caso de conflicto armado, de conformidad con el artículo 11, párrafo 1, del Protocolo de 1999 de la Convención<sup>1005</sup>. En tiempo de paz, los Estados partes están obligados a adoptar otras medidas que consideren apropiadas para la salvaguardia de sus bienes culturales contra los efectos negativos previsibles de un conflicto armado, de conformidad con el artículo 3 de la Convención.

---

salvo en el caso de que dichas reservas se empleen específicamente para fines militares”. Véase C. Pilloud y J. Pictet, “Artículo 55: Protección del medio ambiente natural”, en CICR, *Comentario del Protocolo...*, Sandoz y otros (eds.) (nota 976 *supra*), págs. 927 y 928, párrs. 2138 y 2139.

<sup>1000</sup> Como reconoció la Corte Permanente en la causa relativa a la *Factory At Chorzów*, *P.C.I.J.*, Serie A, núm. 17, pág. 45, y como aparece reflejado en el artículo 34 de la 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.

<sup>1001</sup> *A/CN.4/685*, párr. 218.

<sup>1002</sup> Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural (Convención del Patrimonio Mundial) (París, 16 de noviembre de 1972), *ibid.*, vol. 1037, núm. 15511, pág. 151.

<sup>1003</sup> UNESCO, Operational Guidelines for the Implementation of the World Heritage Convention (8 de julio de 2015), WHC.15/01, párr. 77.1. Actualmente, 197 lugares que representan el patrimonio natural en todo el mundo figuran en la Lista del Patrimonio Mundial. Algunos de ellos figuran también en la Lista del Patrimonio Mundial en Peligro de conformidad con el artículo 11, párrafo 4, de la Convención del Patrimonio Mundial.

<sup>1004</sup> Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado (La Haya, 14 de mayo de 1954), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 249, núm. 3511, pág. 215.

<sup>1005</sup> Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado (Segundo Protocolo de 1999) (La Haya, 26 de marzo de 1999), *ibid.*, vol. 2253, núm. 3511, pág. 172.

8) El presente proyecto de principio no tiene por objeto modificar el régimen de la Convención de La Haya, de 1954, cuyo alcance y propósito son diferentes. La Comisión subraya que la Convención de La Haya, de 1954, y sus Protocolos constituyen el régimen especial por el que se rige la protección de los bienes culturales, tanto en tiempo de paz como durante un conflicto armado. Con el presente proyecto de principio no se pretende duplicar ese régimen. Lo que aquí se pretende es proteger las zonas de gran “importancia ambiental”. El término “cultural” se utiliza en este contexto para indicar que existe una estrecha relación con el medio ambiente. El proyecto de principio no se extiende a los objetos culturales *per se*. Con todo, el término abarca, por ejemplo, las tierras ancestrales de los pueblos indígenas, que dependen del medio ambiente para su sustento y subsistencia.

9) La designación de las zonas previstas en este proyecto de principio puede guardar relación con los derechos de los pueblos indígenas, en particular si la zona protegida constituye también un lugar sagrado natural que justifica una protección especial. En algunos casos, la zona protegida puede servir asimismo para preservar la cultura, los conocimientos y el modo de vida particulares de las poblaciones indígenas que vivan en el interior de la zona de que se trate. La importancia de preservar la cultura y los conocimientos indígenas se reconoce ahora formalmente en derecho internacional en virtud del Convenio sobre la Diversidad Biológica. El artículo 8 j) dispone que cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda, “[c]on arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente”. Además, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas<sup>1006</sup>, aunque no es un instrumento vinculante, se refiere al derecho a mantener y proteger los lugares religiosos y culturales y a acceder a ellos.

10) La protección del medio ambiente en general y la protección de los lugares de importancia cultural y natural a veces se solapan o coinciden parcialmente. La expresión “importancia [...] cultural”, que se utiliza también en el proyecto de principio 17, se basa en el reconocimiento de la estrecha relación entre el medio ambiente natural, los objetos culturales y las características del paisaje en instrumentos de protección ambiental como el Convenio sobre Responsabilidad Civil por los Daños Resultantes de Actividades Peligrosas para el Medio Ambiente, de 1993<sup>1007</sup>. El artículo 2, párrafo 10, define la expresión “medio ambiente” a los efectos del Convenio como “los recursos naturales, bióticos y abióticos, como el aire, el agua, el suelo, la fauna y la flora y la interacción entre esos factores, los bienes que forman parte del patrimonio cultural y los aspectos característicos del paisaje”. Además, el artículo 1, párrafo 2, del Convenio sobre la Protección y Uso de los Cursos de Agua Transfronterizos y los Lagos Internacionales establece que los “efectos sobre el medio ambiente comprenden los relacionados con la salud y la seguridad humanas, la flora, la fauna, el suelo, el aire, el agua, el clima, el paisaje y los monumentos históricos u otras construcciones, o los relacionados con la interacción entre dichos factores; incluyen asimismo los efectos sobre el patrimonio cultural y las condiciones socioeconómicas resultantes de las modificaciones de estos factores”<sup>1008</sup>.

11) Por otra parte, el Convenio sobre la Diversidad Biológica se refiere al valor cultural de la biodiversidad. El preámbulo del Convenio reafirma que las partes son “[c]onscientes

<sup>1006</sup> Resolución 61/295 de la Asamblea General, anexo, art. 12.

<sup>1007</sup> Convenio sobre Responsabilidad Civil por los Daños Resultantes de Actividades Peligrosas para el Medio Ambiente (Lugano, 21 de junio de 1993), Consejo de Europa, *European Treaty Series*, núm. 150. Para más información acerca de la aplicabilidad de los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente en relación con las zonas de especial interés ambiental, véase B. Sjöstedt, *Protecting the Environment in Relation to Armed Conflict: The Role of Multilateral Environmental Agreements* (tesis doctoral, Universidad de Lund, 2016).

<sup>1008</sup> Convenio sobre la Protección y Uso de los Cursos de Agua Transfronterizos y los Lagos Internacionales (Helsinki, 17 de marzo de 1992), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1936, núm. 33207, pág. 269.



del valor intrínseco de la diversidad biológica y de los valores ecológicos, genéticos, sociales, económicos, científicos, educativos, culturales, recreativos y estéticos de la diversidad biológica y sus componentes<sup>1009</sup>. De la misma manera, el primer párrafo del anexo I del Convenio sobre la Diversidad Biológica destaca la importancia de velar por la protección de los ecosistemas y hábitats que “contengan una gran diversidad, un gran número de especies endémicas o en peligro, o vida silvestre; sean necesarios para las especies migratorias; tengan importancia social, económica, cultural o científica; o sean representativos o singulares o estén vinculados a procesos de evolución u otros procesos biológicos de importancia esencial”.

12) Además de estos instrumentos vinculantes, una serie de instrumentos no vinculantes definen zonas protegidas desde la perspectiva del valor y la importancia culturales. Por ejemplo, el proyecto de convenio sobre la prohibición de actividades militares hostiles en zonas protegidas internacionalmente (elaborado por la Comisión del Derecho del Medio Ambiente de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) y el Consejo Internacional del Derecho del Medio Ambiente) define la expresión “zonas protegidas” como zonas naturales o culturales de importancia internacional excepcional desde los puntos de vista de la ecología, la historia, el arte, la ciencia, la etnología, la antropología o la belleza natural, que pueden incluir, entre otras, zonas designadas en virtud de un acuerdo internacional o un programa intergubernamental que cumplan esos criterios<sup>1010</sup>.

13) En este contexto, cabe mencionar también algunos ejemplos de legislación nacional relativa a la protección de las zonas ambientales y culturales. Por ejemplo, la Ley de Protección de los Bienes Culturales del Japón, de 29 de agosto de 1950, dispone que los animales y plantas con un alto valor científico se han de incluir en una lista de bienes culturales protegidos<sup>1011</sup>. La Ley de Parques Nacionales y Flora y Fauna Silvestres de Nueva Gales del Sur (Australia), de 1974, puede aplicarse a cualquier zona de importancia natural, científica o cultural<sup>1012</sup>. Por último, la Ley de Zonas Protegidas de Italia, de 6 de diciembre de 1991, define los parques naturales como zonas de valor natural y ambiental que constituyen sistemas homogéneos caracterizados por sus componentes naturales, sus paisajes y valores estéticos y la tradición cultural de las poblaciones locales<sup>1013</sup>.

### **Principio 5 Protección del medio ambiente de los pueblos indígenas**

1. Los Estados deben adoptar medidas apropiadas, en caso de conflicto armado, para proteger el medio ambiente de los territorios en que habiten pueblos indígenas.

2. Después de un conflicto armado que haya afectado de manera adversa al medio ambiente de territorios en que habiten pueblos indígenas, los Estados deben mantener consultas y una cooperación efectivas con los pueblos indígenas en cuestión, mediante procedimientos apropiados y, en particular, por conducto de instituciones que los representen, con el fin de adoptar medidas de reparación.

### **Comentario**

1) El proyecto de principio 5 reconoce que los Estados, debido a la relación especial existente entre los pueblos indígenas y su medio ambiente, deben adoptar medidas

<sup>1009</sup> Convenio sobre la Diversidad Biológica, preámbulo.

<sup>1010</sup> Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, proyecto de convenio sobre la prohibición de actividades militares hostiles en zonas protegidas internacionalmente (1996), art. 1.

<sup>1011</sup> Japón, Ley de Protección de los Bienes Culturales, Ley núm. 214, 30 de mayo de 1950. Se puede consultar en [www.unesco.org/culture/natlaws/media/pdf/japan/japan\\_lawprotectionculturalproperty\\_engtof.pdf](http://www.unesco.org/culture/natlaws/media/pdf/japan/japan_lawprotectionculturalproperty_engtof.pdf) (consulta realizada el 8 de julio de 2019).

<sup>1012</sup> Australia, Compendio Legislativo de Nueva Gales del Sur, Ley de Parques Nacionales y Flora y Fauna Silvestres, Ley núm. 80 de 1974. Se puede consultar en [www.austlii.edu.au/au/legis/nsw/consol\\_act/npawa1974247/](http://www.austlii.edu.au/au/legis/nsw/consol_act/npawa1974247/) (consulta realizada el 8 de julio de 2019).

<sup>1013</sup> Italia, Ley núm. 394 por la que se establece el marco jurídico de las zonas protegidas, de 6 de diciembre de 1991. Se puede consultar en <http://www.fao.org/faolex/es/>.

apropiadas para proteger ese medio ambiente en relación con los conflictos armados. Reconoce además que, allí donde el conflicto armado haya afectado negativamente al medio ambiente de territorios de pueblos indígenas, los Estados deben tratar de adoptar medidas de reparación. En vista de la relación especial que existe entre los pueblos indígenas y su medio ambiente, estas medidas deben adoptarse en consulta y cooperación con esos pueblos, respetando su relación y a través de sus propias estructuras de liderazgo y representación.

2) La relación especial entre los pueblos indígenas y su medio ambiente ha sido reconocida, protegida y defendida por instrumentos internacionales como el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169), de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas<sup>1014</sup>, así como por la práctica de los Estados y la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales. En ese sentido, se ha reconocido que la tierra de los pueblos indígenas tiene una “importancia fundamental para su supervivencia colectiva física y cultural en su calidad de pueblos”<sup>1015</sup>.

3) El párrafo 1 se basa, en particular, en el artículo 29, párrafo 1, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en la que se enuncia el derecho de los pueblos indígenas a “la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos”<sup>1016</sup>, y en el artículo 7, párrafo 4, del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169) de la OIT, en el que se reconoce que “los Gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan”.

4) Los derechos específicos de los pueblos indígenas sobre determinadas tierras o territorios pueden estar sujetos a regímenes jurídicos diferentes, según los Estados. Además, en los instrumentos internacionales relativos a los derechos de los pueblos indígenas se emplean diversas fórmulas para referirse a las tierras o los territorios relacionados con los pueblos indígenas, sobre los que estos tienen diversos derechos y donde gozan de regímenes de protección<sup>1017</sup>.

<sup>1014</sup> Véanse OIT, Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Ginebra, 27 de junio de 1989) (Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169)), que actualiza el Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, 1957 (núm. 107); Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, resolución 61/295 de la Asamblea General, de 13 de septiembre de 2007, anexo, art. 26. Los informes de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas y el Relator Especial sobre los derechos humanos y el medio ambiente (anteriormente, el Experto Independiente sobre los derechos humanos y el medio ambiente) ofrecen un panorama general de la efectividad de los derechos de los pueblos indígenas en relación con el medio ambiente y los recursos naturales (véanse, por ejemplo, [A/HRC/15/37](#) y [A/HRC/4/32](#), respectivamente).

<sup>1015</sup> Véase, por ejemplo, el caso *Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*, en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció que “la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituida a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”. *Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*, sentencia (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), Serie C, caso núm. 250, 4 de septiembre de 2012, párr. 177, nota 266. Véanse caso *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, sentencia (fondo, reparaciones y costas), Serie C, caso núm. 125, 17 de junio de 2005, párr. 135, y caso *Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, sentencia (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), Serie C, caso núm. 212, 25 de mayo de 2010, párr. 147, nota 160.

<sup>1016</sup> Véase también la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada el 15 de junio de 2016, Organización de los Estados Americanos, Asamblea General, *Informe del cuadragésimo sexto periodo de sesiones*, Santo Domingo (República Dominicana), 13 a 15 de junio de 2016, XLVI-O.2, *Actas y documentos*, vol. I, resolución AG/RES.2888 (XLVI-O/16), art. XIX, párr. 4.

<sup>1017</sup> Véase, por ejemplo, “tierras o territorios, o [...] ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera”, utilizada en el artículo 13, 1, del Convenio sobre Pueblos Indígenas y

5) Los conflictos armados pueden tener el efecto de aumentar las vulnerabilidades existentes a los daños ambientales o de ocasionar nuevos tipos de daños ambientales en los territorios en los que tienen lugar y, por consiguiente, afectar a la supervivencia y el bienestar de los pueblos implicados. De conformidad con el párrafo 1, en caso de conflicto armado, los Estados deben adoptar medidas apropiadas para proteger la relación que tienen los pueblos indígenas con sus tierras ancestrales. Las medidas de protección apropiadas que se mencionan en el párrafo 1 pueden adoptarse, en particular, antes de un conflicto armado o durante este. La redacción del párrafo es lo suficientemente general como para que las medidas se puedan ajustar en función de las circunstancias.

6) Por ejemplo, el Estado en cuestión debe adoptar medidas para que no se lleven a cabo actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas en cuestión, o estos lo hayan solicitado<sup>1018</sup>. Esto podría lograrse no emplazando instalaciones militares en tierras o territorios de pueblos indígenas y designando esos territorios como zonas protegidas de conformidad con el proyecto de principio 4. En general, el Estado de que se trate debe celebrar consultas efectivas con los pueblos indígenas en cuestión antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares<sup>1019</sup>. Durante un conflicto armado, los derechos, tierras y territorios de los pueblos indígenas también gozan de la protección prevista por el derecho de los conflictos armados y las normas de derechos humanos aplicables<sup>1020</sup>.

7) El párrafo 2 se centra en la fase posterior a la finalización de un conflicto armado. Esta disposición tiene por objeto facilitar la adopción de medidas de reparación en caso de que un conflicto armado haya afectado de manera adversa al medio ambiente de territorios en que habiten pueblos indígenas<sup>1021</sup>. Así, trata de velar por el derecho de los pueblos

---

Tribales, 1989 (núm. 169), de la OIT, o “tierras, territorios y recursos”, utilizada en el preámbulo de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

<sup>1018</sup> Véase la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 30:

“1. No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que estos lo hayan solicitado.

2. Los Estados celebrarán consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares.”

<sup>1019</sup> *Ibid.*

<sup>1020</sup> Véase la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. XXX, párrs. 3 y 4, cuyo texto es el siguiente:

“3. Los pueblos indígenas tienen derecho a protección y seguridad en situaciones o períodos de conflicto armado interno o internacional conforme al derecho internacional humanitario.

4. Los Estados, en cumplimiento de los acuerdos internacionales de los cuales son parte, en particular el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos incluyendo el Cuarto Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, y el Protocolo II de 1977 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, en caso de conflictos armados tomarán medidas adecuadas para proteger los derechos humanos, instituciones, tierras, territorios y recursos de los pueblos indígenas y sus comunidades...”

<sup>1021</sup> Según el artículo 28 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado”. Del mismo modo, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en su artículo XXXIII, establece: “Los pueblos y personas indígenas tienen derecho a recursos efectivos e idóneos, incluyendo los recursos judiciales expeditos, para la reparación de toda violación de sus derechos colectivos e individuales. Los Estados, con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas, proveerán los mecanismos necesarios para el ejercicio de este derecho”.

indígenas a participar en las cuestiones relacionadas con sus territorios en un contexto posterior a un conflicto, sin dejar de hacer hincapié en los Estados como sujetos del párrafo.

8) En ese caso, los Estados de que se trate deben mantener consultas y una cooperación efectivas con los pueblos indígenas en cuestión, mediante procedimientos apropiados y, en particular, por conducto de instituciones que los representen. Al hacerlo, los Estados deben tener en cuenta la naturaleza especial de la relación entre los pueblos indígenas y sus territorios —en los aspectos social, político, espiritual y cultural, entre otros. Además, los Estados deben considerar que esta relación suele ser de naturaleza “colectiva”<sup>1022</sup>.

9) Se ha mencionado la necesidad de recurrir a procedimientos apropiados e instituciones representativas de los pueblos indígenas para reconocer la diversidad de los procedimientos existentes en los diferentes Estados que prevén una consulta y cooperación efectivas con los pueblos indígenas, así como la diversidad de sus modalidades de representación a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado antes de adoptar medidas que puedan afectarles<sup>1023</sup>.

### **Principio 6**

#### **Acuerdos sobre la presencia de fuerzas militares en relación con conflictos armados**

Los Estados y las organizaciones internacionales deben, cuando proceda, incluir disposiciones en materia de protección ambiental en los acuerdos sobre la presencia de fuerzas militares en relación con conflictos armados. Tales disposiciones pueden incluir medidas preventivas, evaluaciones del impacto y medidas de restauración y de limpieza.

### **Comentario**

1) El proyecto de principio 6 se ocupa de los acuerdos celebrados entre Estados, y entre Estados y organizaciones internacionales, sobre la presencia de fuerzas militares en relación con conflictos armados. La expresión “en relación con conflictos armados” refleja el propósito del proyecto de principios: mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados. Por consiguiente, la disposición no se refiere a situaciones en que se desplieguen fuerzas militares sin relación alguna con un conflicto armado, dado que esas situaciones están fuera del alcance del tema.

2) El proyecto de principio se ha redactado en términos generales para hacer referencia a los “acuerdos sobre la presencia de fuerzas militares en relación con conflictos armados”. La designación y la finalidad específicas de tales acuerdos pueden variar y, según las circunstancias de cada caso, puede tratarse de acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas y sobre el estatuto de las misiones. El propósito del proyecto de principio es reflejar la reciente tendencia de los Estados y las organizaciones internacionales, que han comenzado a abordar cuestiones relacionadas con la protección ambiental en los acuerdos sobre la presencia de fuerzas militares celebrados con los Estados anfitriones<sup>1024</sup>. El empleo de

<sup>1022</sup> Por ejemplo, véase el artículo 13 del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169), de la OIT, que establece lo siguiente: “Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”. Aunque de forma específica para la aplicación de ese Convenio, se señalan de manera explícita los aspectos colectivos de la relación que tienen los pueblos indígenas con sus tierras o territorios.

<sup>1023</sup> Véase, por ejemplo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 19. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido salvaguardias que obligan a los Estados a obtener el “consentimiento libre, informado y previo [de los pueblos indígenas], según sus costumbres y tradiciones”. Véase el *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, sentencia (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), Serie C, núm. 172, 28 de noviembre de 2007, párr. 134.

<sup>1024</sup> El Acuerdo entre la Unión Europea y la ex República Yugoslava de Macedonia sobre el estatuto de las fuerzas dirigidas por la Unión Europea en la ex República Yugoslava de Macedonia (*Diario Oficial* L 082, 29 de marzo de 2003, págs. 46 a 51, anexo; en adelante, “acuerdo sobre el estatuto de las fuerzas para la operación *Concordia*”), art. 9, preveía la obligación de respetar las normas

“deben” indica que esta disposición no es de carácter obligatorio, sino que tiene por objeto reconocer y alentar esa tendencia.

3) Entre los ejemplos de disposiciones ambientales en acuerdos sobre la presencia de fuerzas militares en relación con conflictos armados figura el acuerdo entre los Estados Unidos y el Iraq sobre la retirada de fuerzas de los Estados Unidos del Iraq y sobre la presencia temporal de estas en el país, que contiene una disposición expresa sobre la protección del medio ambiente<sup>1025</sup>. Otro ejemplo es el acuerdo sobre el estatuto de las fuerzas entre la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) y el Afganistán, en el que las partes convienen en aplicar un enfoque preventivo para la protección ambiental<sup>1026</sup>. En el acuerdo sobre el estatuto de las misiones en el marco de la Política Europea de Seguridad y Defensa también se hacen varias referencias a obligaciones ambientales<sup>1027</sup>. La práctica convencional pertinente comprende asimismo el acuerdo entre Alemania y otros Estados de la OTAN, en que se afirma que se determinarán, analizarán y evaluarán los posibles efectos ambientales a fin de evitar una carga ambiental<sup>1028</sup>. Además, el Memorando de Entendimiento Especial entre los Estados Unidos de América y la República de Corea contiene disposiciones sobre protección ambiental<sup>1029</sup>. También cabe mencionar las disposiciones aplicables a la presencia de fuerzas armadas extranjeras en un país durante períodos breves para la realización de maniobras, el tránsito por tierra o el adiestramiento<sup>1030</sup>.

---

internacionales en materia de, entre otras cosas, utilización sostenible de los recursos naturales. Véase el Acuerdo entre la Unión Europea y la ex República Yugoslava de Macedonia sobre el estatuto de las fuerzas dirigidas por la Unión Europea en la ex República Yugoslava de Macedonia, que puede consultarse en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/Es/TXT/?uri=CELEX:22003A0329\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/Es/TXT/?uri=CELEX:22003A0329(01)) (consulta realizada el 8 de julio de 2019).

- <sup>1025</sup> Agreement between the United States of America and the Republic of Iraq on the Withdrawal of United States Forces from Iraq and the Organization of Their Activities during their Temporary Presence in Iraq (Bagdad, 17 de noviembre de 2008), art. 8 (en adelante, “Acuerdo entre los Estados Unidos y el Iraq”). Puede consultarse en [https://www.dcaf.ch/sites/default/files/publications/documents/US-Iraqi\\_SOFA-en.pdf](https://www.dcaf.ch/sites/default/files/publications/documents/US-Iraqi_SOFA-en.pdf) (consulta realizada el 8 de julio de 2019).
- <sup>1026</sup> Agreement between the North Atlantic Treaty Organization and the Islamic Republic of Afghanistan on the Status of NATO Forces and NATO personnel conducting mutually agreed NATO-led activities in Afghanistan (Kabul, 30 de septiembre de 2014), *International Legal Materials*, vol. 54 (2015), págs. 272 a 305, art. 5, párr. 6, art. 6, párr. 1, y art. 7, párr. 2.
- <sup>1027</sup> Acuerdo entre los Estados miembros de la Unión Europea relativo al estatuto del personal militar y civil destacado en las Instituciones de la Unión Europea, de los cuarteles generales y de las fuerzas que pueden ponerse a disposición de la Unión Europea en el marco de la preparación y ejecución de las operaciones previstas en el apartado 2 del artículo 17 del Tratado de la Unión Europea, incluidos los ejercicios, y del personal civil y militar de los Estados miembros puesto a disposición de la Unión Europea para que actúe en ese contexto (EU-SOFA) (Bruselas, 17 de noviembre de 2003). Puede consultarse en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/Es/TXT/?uri=CELEX%3A42003A1231%2801%29> (consulta realizada el 8 de julio de 2019).
- <sup>1028</sup> Agreement to Supplement the Agreement between the Parties to the North Atlantic Treaty regarding the Status of their Forces with respect to Foreign Forces stationed in the Federal Republic of Germany (Bonn, 3 de agosto de 1959), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 481, núm. 6986, pág. 329, modificado por los acuerdos de 21 de octubre de 1971 y 18 de marzo de 1993 (en adelante, “Acuerdo entre la OTAN y Alemania”), art. 54A. Véase también el Acuerdo entre los Estados partes del Tratado del Atlántico Norte relativo a la condición de las fuerzas, de 19 de junio de 1951, art. XV.
- <sup>1029</sup> Memorandum of Special Understandings on Environmental Protection, celebrado entre los Estados Unidos y la República de Corea (Seúl, 18 de enero de 2001) (en adelante, “Memorando entre los Estados Unidos y la República de Corea”). Puede consultarse en [http://www.usfk.mil/Portals/105/Documents/SOFA/A12\\_MOSU.Environmental.Protection.pdf](http://www.usfk.mil/Portals/105/Documents/SOFA/A12_MOSU.Environmental.Protection.pdf) (consulta realizada el 8 de julio de 2019).
- <sup>1030</sup> Véase, por ejemplo, Memorandum of Understanding between Finland and NATO regarding the provision of host nation support for the execution of NATO operations/exercises/similar military activity (4 de septiembre de 2014). Puede consultarse en [www.defmin.fi/files/2898/HNS\\_MOU\\_FINLAND.pdf%20](http://www.defmin.fi/files/2898/HNS_MOU_FINLAND.pdf%20) (consulta realizada el 8 de julio de 2019), referencia HE 82/2014. De conformidad con el artículo 5.3 g), los países de envío deben seguir la reglamentación ambiental de la nación anfitriona, así como cualquier normativa de esta sobre el almacenamiento, traslado o eliminación de materiales peligrosos.

4) Cabe asimismo hacer referencia a otros acuerdos, incluidos los relativos a la presencia de fuerzas militares cuya relación con un conflicto armado es menos clara, como el acuerdo sobre el estatuto de las fuerzas entre los Estados Unidos y Australia, que contiene una disposición relevante sobre reclamaciones por daños<sup>1031</sup>, y el acuerdo de cooperación reforzada en materia de defensa entre los Estados Unidos y Filipinas, que contiene disposiciones con las que se trata de prevenir los daños ambientales y prevé un proceso de examen<sup>1032</sup>.

5) El proyecto de principio también contiene una lista no exhaustiva de disposiciones en materia de protección ambiental que pueden incluirse en acuerdos sobre la presencia de fuerzas militares en relación con conflictos armados. Así, en la segunda oración del proyecto de principio se mencionan “medidas preventivas, evaluaciones del impacto y medidas de restauración y de limpieza” como ejemplos de lo que pueden abordar las disposiciones de protección ambiental. Existe el riesgo de que la presencia de fuerzas militares tenga un impacto negativo en el medio ambiente<sup>1033</sup>. Para evitar en lo posible ese impacto negativo, las medidas de carácter preventivo revisten gran importancia. Es necesario realizar evaluaciones del impacto para determinar el tipo de medidas de restauración y de limpieza que puedan resultar necesarias cuando la presencia de fuerzas militares llegue a su fin.

6) Las medidas a que se hace referencia en el proyecto de principio pueden abordar diversos aspectos relevantes. Algunos ejemplos concretos que merecen una mención particular y que se reflejan en la práctica convencional son: el reconocimiento de la importancia que tiene la protección ambiental, que incluye la prevención de la contaminación de las instalaciones y zonas cedidas al Estado que realiza el despliegue<sup>1034</sup>; el entendimiento de que el acuerdo se aplicará de manera compatible con la protección del medio ambiente<sup>1035</sup>; la cooperación y el intercambio de información entre el Estado receptor y el Estado que hace el envío con respecto a cuestiones que puedan afectar al medio ambiente y la salud de los ciudadanos<sup>1036</sup>; las medidas para prevenir los daños ambientales<sup>1037</sup>; las evaluaciones periódicas del desempeño ambiental<sup>1038</sup>; los procesos de examen<sup>1039</sup>; la aplicación de la legislación ambiental del Estado receptor<sup>1040</sup> o, de manera similar, el compromiso del Estado que realiza el despliegue de respetar la legislación, la normativa y las disposiciones ambientales del Estado receptor<sup>1041</sup>; la obligación de respetar las normas internacionales sobre el uso sostenible de los recursos naturales<sup>1042</sup>; la adopción

<sup>1031</sup> Agreement Concerning the Status of United States Forces in Australia (Canberra, 9 de mayo de 1963), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 469, núm. 6784, pág. 55 (en adelante, “Acuerdo entre los Estados Unidos y Australia”), art. 12, párr. 7 e) i).

<sup>1032</sup> Agreement between the Philippines and the United States on enhanced defense cooperation (en adelante, “Acuerdo entre los Estados Unidos y Filipinas”) (Quezon City, 28 de abril de 2014). Puede consultarse en [www.officialgazette.gov.ph/2014/04/29/document-enhanced-defense-cooperation-agreement/](http://www.officialgazette.gov.ph/2014/04/29/document-enhanced-defense-cooperation-agreement/) (consulta realizada el 8 de julio de 2019).

<sup>1033</sup> Véanse, por ejemplo, D. L. Shelton e I. Cutting, “If you break it, do you own it?” *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, vol. 6 (2015), págs. 201 a 246, en especial págs. 210 y 211, y J. Taylor, “Environment and security conflicts: The U.S. Military in Okinawa”, *Geographical Bulletin*, vol. 48 (2007), págs. 3 a 13, en especial págs. 6 y 7.

<sup>1034</sup> Véase el Memorando entre los Estados Unidos y la República de Corea.

<sup>1035</sup> Véase el Acuerdo entre los Estados Unidos y el Iraq, art. 8.

<sup>1036</sup> Véase el Memorando entre los Estados Unidos y la República de Corea.

<sup>1037</sup> Véanse el Acuerdo entre los Estados Unidos y Filipinas, art. IX, párr. 3, y el Acuerdo entre la OTAN y Alemania, art. 54A.

<sup>1038</sup> Estas evaluaciones permitirían determinar y evaluar los aspectos ambientales de la operación y pueden ir acompañadas del compromiso de planificar, programar y presupuestar la atención de esas necesidades en consecuencia, como en el caso del Memorando entre los Estados Unidos y la República de Corea.

<sup>1039</sup> Véase el Acuerdo entre los Estados Unidos y Filipinas, art. IX, párr. 2.

<sup>1040</sup> Véanse el Acuerdo entre la OTAN y Alemania, art. 54A, y el Acuerdo entre los Estados Unidos y Australia, art. 12, párr. 7 e) i).

<sup>1041</sup> Véase el Acuerdo entre los Estados Unidos y el Iraq, art. 8.

<sup>1042</sup> Como en el art. 9 del Acuerdo sobre el estatuto de las fuerzas para la operación *Concordia*.



de medidas de restauración cuando no se puedan evitar repercusiones negativas<sup>1043</sup>, y la regulación de las reclamaciones por daños ambientales<sup>1044</sup>.

7) La expresión “cuando proceda” apunta a dos consideraciones diferentes. En primer lugar, los acuerdos sobre la presencia de fuerzas militares en relación con conflictos armados se celebran en ocasiones en circunstancias de urgencia en que tal vez no sea posible abordar cuestiones relativas a la protección ambiental. En segundo lugar, a veces puede ser especialmente importante que el acuerdo contenga disposiciones en materia de protección ambiental. Un ejemplo puede darse cuando una zona protegida corra el riesgo de verse afectada por la presencia de fuerzas militares. Así pues, la expresión “cuando proceda” permite matizar esta disposición y abarcar distintas situaciones.

### **Principio 7** **Operaciones de paz**

Los Estados y las organizaciones internacionales que participen en operaciones de paz en relación con conflictos armados considerarán el impacto de esas operaciones en el medio ambiente y adoptarán medidas apropiadas para prevenir, mitigar y reparar las consecuencias ambientales negativas que se deriven.

### **Comentario**

1) Las operaciones de paz pueden estar relacionadas con conflictos armados de múltiples maneras. Antes, muchas operaciones de paz se desplegaban cuando cesaban las hostilidades y se firmaba un acuerdo de paz<sup>1045</sup>. Como señaló el Grupo Independiente de Alto Nivel sobre las Operaciones de Paz, actualmente muchas misiones operan en entornos donde no existe ese tipo de acuerdos políticos o han fracasado los intentos de establecerlos<sup>1046</sup>. Además, las misiones modernas de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas son multidimensionales y prevén todo un abanico de actividades de consolidación de la paz que van desde establecer entornos seguros hasta vigilar la situación de los derechos humanos o reconstruir la capacidad de un Estado<sup>1047</sup>. Los mandatos también incluyen la protección de los civiles<sup>1048</sup>. El proyecto de principio 7 tiene por objeto abarcar todas las operaciones de paz que pueden guardar relación con los diversos elementos o aspectos de un conflicto armado y cuyo carácter temporal puede variar.

2) La expresión “en relación con conflictos armados” delimita el ámbito de aplicación del proyecto de principio. Deja clara la relación con los conflictos armados para que las obligaciones no se interpreten de manera demasiado amplia (es decir, para que no puedan ser aplicables a todas las actuaciones de una organización internacional relacionadas con la promoción de la paz). Si bien el término debe entenderse desde una perspectiva amplia en el contexto del proyecto de principio, se reconoce que no todas esas operaciones tienen una relación directa con un conflicto armado.

<sup>1043</sup> Véase el Acuerdo entre la OTAN y Alemania, art. 54A.

<sup>1044</sup> Acuerdo entre la OTAN y Alemania, art. 41, y Acuerdo entre los Estados Unidos y Australia, art. 12, párr. 7 e) i).

<sup>1045</sup> Informe del Grupo Independiente de Alto Nivel sobre las Operaciones de Paz: aunar nuestras ventajas en pro de la paz – política, alianzas y personas (en [A/70/95-S/2015/446](#)), párr. 23.

<sup>1046</sup> *Ibid.*

<sup>1047</sup> V. Holt y G. Taylor, *Protecting Civilians in the Context of UN Peacekeeping Operations: Successes, Setbacks and Remaining Challenges*, estudio independiente encargado conjuntamente por el Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz y la Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta E.10.III.M.1), págs. 2 y 3.

<sup>1048</sup> Véanse, por ejemplo, los siguientes mandatos de misiones dirigidas por las Naciones Unidas que figuran en resoluciones del Consejo de Seguridad: Misión de las Naciones Unidas en Sierra Leona (1289 (2000)); Misión de Observación de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo (1291 (2000)); Misión de las Naciones Unidas en Liberia (1509 (2003) y 2215 (2015)); Operación de las Naciones Unidas en Burundi (1545 (2004)); Misión de Estabilización de las Naciones Unidas en Haití (1542 (2004)); Operación de las Naciones Unidas en Côte d’Ivoire (1528 (2004) y 2226 (2015)); Misión de las Naciones Unidas en el Sudán (1590 (2005)); Operación Híbrida de la Unión Africana y las Naciones Unidas en Darfur (1769 (2007)); y Misión de las Naciones Unidas en la República Centroafricana y el Chad (1861 (2009)).

3) El presente proyecto de principio se refiere a las operaciones de paz en relación con conflictos armados en las que participan Estados y organizaciones internacionales y en las que pueden tomar parte múltiples actores. Todos esos actores tendrán algún efecto en el medio ambiente. Por ejemplo, el Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz y el Departamento de Apoyo a las Actividades sobre el Terreno reconocen los daños que las operaciones de mantenimiento de la paz pueden ocasionar en el medio ambiente local<sup>1049</sup>.

4) El impacto ambiental de una operación de paz puede producirse desde la fase de planificación hasta la fase posterior a la operación, pasando por la fase operacional. El objetivo que se busca es que, en las operaciones de paz, las actividades se realicen de manera que su impacto en el medio ambiente se reduzca al mínimo. Por tanto, el proyecto de principio se centra en las actividades que deben llevarse a cabo en los casos en que el medio ambiente se vería afectado negativamente por una operación de paz. Al mismo tiempo, se entiende que las medidas “apropiadas” que deben adoptarse pueden variar en relación con el contexto de la operación. Entre las consideraciones pertinentes cabe incluir, en particular, si esas medidas se refieren a la fase previa al conflicto armado, al desarrollo de este o a la fase posterior, y qué medidas son viables en las circunstancias del caso.

5) El proyecto de principio refleja el mayor reconocimiento, por parte de Estados y de organizaciones internacionales como las Naciones Unidas, la Unión Europea<sup>1050</sup> y la OTAN<sup>1051</sup>, del impacto ambiental que tienen las operaciones de paz y de la necesidad de adoptar las medidas necesarias para prevenir, mitigar y reparar los impactos negativos. Por ejemplo, algunas misiones sobre el terreno de las Naciones Unidas cuentan con unidades ambientales encargadas de elaborar y aplicar políticas ambientales específicas para la misión y de velar por el cumplimiento de la normativa ambiental<sup>1052</sup>.

6) No existe ninguna definición clara ni definitiva de “operación de paz” ni de “mantenimiento de la paz” en el derecho internacional vigente. El actual proyecto de principio tiene por objeto abarcar ampliamente todas las operaciones de paz que estén relacionadas con conflictos armados. En el Programa de Paz se destacaba que por “establecimiento de la paz” se entendían las medidas destinadas a lograr que las partes hostiles llegaran a un acuerdo, fundamentalmente por medios pacíficos<sup>1053</sup>, y por “mantenimiento de la paz” se entendía el despliegue de una presencia de las Naciones Unidas sobre el terreno, con la participación de personal militar o policial y, frecuentemente, también de personal civil<sup>1054</sup>, mientras que la “consolidación de la paz” podía asumir la forma de proyectos de cooperación en una empresa mutuamente beneficiosa con objeto de aumentar la confianza, fundamental para la paz<sup>1055</sup>. Para los fines de su informe, el Grupo Independiente de Alto Nivel sobre las Operaciones de Paz incluye una definición que abarca “una amplia selección de instrumentos [...] [que] van de enviados especiales y mediadores; misiones políticas, incluidas misiones de consolidación de la paz; oficinas regionales de diplomacia preventiva; misiones observadoras, incluidas misiones de alto el fuego y electorales; a pequeñas misiones de especialización técnica, como las

<sup>1049</sup> Véase Naciones Unidas, Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz y Departamento de Apoyo a las Actividades sobre el Terreno, “DFS Environment Strategy” (2017). Se puede consultar [https://peacekeeping.un.org/sites/default/files/171116\\_dfs\\_exec\\_summary\\_environment\\_0.pdf](https://peacekeeping.un.org/sites/default/files/171116_dfs_exec_summary_environment_0.pdf) (consulta realizada el 8 de julio de 2019). La estrategia se complementa con una política ambiental y directrices sobre el medio ambiente para las misiones de las Naciones Unidas sobre el terreno (véase la nota 993 *supra*).

<sup>1050</sup> Véase, por ejemplo, Unión Europea, “Military Concept on Environmental Protection and Energy Efficiency for EU-led Military Operations”, 14 de septiembre de 2012, documento SEAE 01574/12.

<sup>1051</sup> Véase, por ejemplo, OTAN, “Joint NATO doctrine for environmental protection during NATO-led military activities”, 8 de marzo de 2018, documento NSO(Joint)0335(2018)EP/7141.

<sup>1052</sup> “El futuro de las operaciones de paz de las Naciones Unidas: aplicación de las recomendaciones del Grupo Independiente de Alto Nivel sobre las Operaciones de Paz”, informe del Secretario General (A/70/357-S/2015/682), párr. 129.

<sup>1053</sup> “Un programa de paz: diplomacia preventiva, establecimiento de la paz y mantenimiento de la paz” (A/47/277-S/24111), párr. 20. Véase también el suplemento, un documento de posición del Secretario General con ocasión del cincuentenario de las Naciones Unidas (A/50/60-S/1995/1).

<sup>1054</sup> *Ibid.*

<sup>1055</sup> *Ibid.*, párr. 56.



misiones de apoyo electoral; operaciones multidisciplinarias...”<sup>1056</sup>. Con el término “operaciones de paz” se pretende abarcar todos estos tipos de operaciones, así como operaciones de mayor amplitud que las de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, como las de imposición de la paz y las de organizaciones regionales. No hay en el texto ninguna referencia a las operaciones de paz “multilaterales”, ya que se consideró innecesario tratarlas expresamente en el proyecto de principio. No obstante, en general se entiende que el término “operaciones de paz” abarca las operaciones multilaterales.

7) Se ha utilizado “prevenir” en reconocimiento del hecho de que las operaciones de paz no son aisladas por naturaleza, y de que, en la planificación de sus acciones, los Estados y las organizaciones internacionales deben planificar o fijarse como objetivo la reducción al mínimo de las consecuencias ambientales negativas. Mientras que la obligación de prevención exige que se adopten medidas en una etapa temprana, la noción de “mitigación” hace referencia a la reducción de los daños que ya se han producido. La noción de “reparación”, a su vez, se ha utilizado en el mismo sentido que la de “medidas de reparación” en el proyecto de principio 2, y abarca cualquier medida que pueda adoptarse para restaurar el medio ambiente.

8) El proyecto de principio 7 es de índole distinta a la del proyecto de principio 6. Las operaciones de paz, a diferencia de los acuerdos sobre la presencia de fuerzas militares en relación con conflictos armados, no conllevan necesariamente la participación de fuerzas armadas o personal militar. Otros tipos de actores, como el personal civil y diversos tipos de especialistas, también pueden estar presentes y participar en esas operaciones. Asimismo, se pretende que el proyecto de principio 7 sea más amplio y tenga un alcance más general, y que se centre directamente en las actividades de esas operaciones de paz.

9) Se entiende que el proyecto de principio también se refiere a los exámenes de operaciones ya concluidas que tienen por objeto determinar, analizar y evaluar cualquier efecto perjudicial de esas operaciones sobre el medio ambiente. Se trataría de un ejercicio de “lecciones aprendidas” para evitar o reducir al mínimo los efectos negativos de futuras operaciones de paz sobre el medio ambiente y asegurar la no repetición de errores.

### **Principio 8 Desplazamientos humanos**

Los Estados, las organizaciones internacionales y otros actores pertinentes deben adoptar medidas apropiadas para prevenir y mitigar la degradación ambiental en las zonas donde se encuentren personas desplazadas por un conflicto armado, a la vez que prestar socorro y asistencia a esas personas y a las comunidades locales.

### **Comentario**

1) El proyecto de principio 8 aborda los efectos ambientales involuntarios de los desplazamientos humanos relacionados con conflictos. En el proyecto de principio se reconoce la interrelación entre la prestación de socorro a las personas desplazadas por conflictos armados y la reducción del impacto de los desplazamientos en el medio ambiente. El proyecto de principio abarca tanto los desplazamientos internacionales como los internos.

2) El desplazamiento de la población suele ser consecuencia del estallido de un conflicto armado y provoca importantes sufrimientos humanos, así como daños ambientales<sup>1057</sup>. El Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente ha señalado que el desplazamiento masivo de refugiados y desplazados internos por todo el país ha sido quizás la consecuencia más inmediata del conflicto de Liberia<sup>1058</sup>, y ha denunciado la

<sup>1056</sup> A/70/95-S/2015/446, párr. 18.

<sup>1057</sup> Véase Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *UNHCR Environmental Guidelines* (Ginebra, 2005). Pueden consultarse en [www.refworld.org/docid/4a54bbd10.html](http://www.refworld.org/docid/4a54bbd10.html) (consulta realizada el 8 de julio de 2019).

<sup>1058</sup> Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Desk Study on the Environment in Liberia* (Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2004), pág. 23. Puede consultarse en <http://wedocs.unep.org/handle/20.500.11822/8396> (consulta realizada el 8 de julio de 2018).

existencia de vínculos claros e importantes entre los desplazamientos y el medio ambiente en el Sudán<sup>1059</sup>. En Rwanda, el desplazamiento y el reasentamiento de la población en relación con el conflicto y el genocidio de 1990-1994 tuvieron una enorme repercusión en el medio ambiente y alteraron sustancialmente la cubierta terrestre y el uso de la tierra en muchas partes del país<sup>1060</sup>, además de causar importantes daños ambientales en la vecina República Democrática del Congo<sup>1061</sup>.

3) Cabe también hacer referencia a un estudio de 2014 sobre la protección del medio ambiente durante los conflictos armados, en el que se destaca el impacto humanitario y ambiental de los desplazamientos en diversos conflictos<sup>1062</sup>. En el estudio se señala, en referencia a la República Democrática del Congo, que el desplazamiento masivo de la población civil provocado por un conflicto prolongado puede tener efectos aún más destructivos sobre el medio ambiente que las propias operaciones de combate<sup>1063</sup>. Los conflictos armados no internacionales, en particular, tienen importantes efectos en lo que respecta a los desplazamientos, incluida la presión sobre el medio ambiente en las zonas afectadas<sup>1064</sup>. Del mismo modo, las investigaciones basadas en las evaluaciones ambientales posteriores a conflictos realizadas desde la década de 1990 por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y el Banco Mundial han determinado que los desplazamientos humanos se cuentan entre las seis principales maneras de ocasionar daños ambientales directos en un conflicto<sup>1065</sup>.

4) Como señala la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), las consideraciones relativas al acceso al agua, la ubicación de los campamentos y asentamientos de refugiados y la asistencia alimentaria de los organismos de socorro y desarrollo tienen una repercusión directa en el medio ambiente<sup>1066</sup>. Las decisiones no fundamentadas sobre la ubicación de un campamento de refugiados en una zona frágil o protegida internacionalmente, o cerca de esa zona, pueden tener un impacto irreversible —a nivel local o no— en el medio ambiente. Las zonas que tienen un alto valor ambiental reciben un impacto particularmente grave que puede guardar relación con su diversidad biológica, su función de refugio para especies en peligro o los servicios ecosistémicos que proporcionan<sup>1067</sup>. El Programa de las Naciones Unidas para el Medio

<sup>1059</sup> Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Sudan Post-Conflict Environmental Assessment* (Nairobi, 2007), pág. 115. Puede consultarse en <http://wedocs.unep.org/handle/20.500.11822/22234> (consulta realizada el 8 de julio de 2018).

<sup>1060</sup> Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Rwanda: From Post-Conflict to Environmentally Sustainable Development* (Nairobi, 2011), pág. 74. Puede consultarse en: [https://postconflict.unep.ch/publications/UNEP\\_Rwanda.pdf](https://postconflict.unep.ch/publications/UNEP_Rwanda.pdf) (consulta realizada el 8 de julio de 2019).

<sup>1061</sup> Más de 2 millones de personas entraron en el país y salieron de él, y hasta 800.000 personas de los campamentos situados a lo largo de la frontera con la República Democrática del Congo tuvieron que buscar leña en el cercano Parque Nacional de Virunga. *Ibid.*, págs. 65 y 66.

<sup>1062</sup> Instituto de Derecho Internacional y Política, *Protection of the Natural Environment in Armed Conflict: An Empirical Study*, Report 12/2014 (Oslo, 2014).

<sup>1063</sup> *Ibid.*, pág. 5.

<sup>1064</sup> *Ibid.*, pág. 6.

<sup>1065</sup> D. Jensen y S. Lonergan, "Natural resources and post-conflict assessment, remediation, restoration and reconstruction: lessons and emerging issues", en Jensen y Lonergan (eds.), *Assessing and Restoring Natural Resources in Post-Conflict Peacebuilding* (Abingdon, Earthscan from Routledge, 2012), págs. 411 a 450, en especial pág. 414.

<sup>1066</sup> UNHCR *Environmental Guidelines* (nota 1057 *supra*), pág. 5. Véase también G. Lahn y O. Grafham, "Heat, light and power for refugees: saving lives, reducing costs" (Chatham House, 2015).

<sup>1067</sup> *Ibid.*, pág. 7.

Ambiente<sup>1068</sup> y la Asamblea de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente también han llamado la atención sobre el impacto ambiental de los desplazamientos<sup>1069</sup>.

5) En la Convención de la Unión Africana para la Protección y la Asistencia de los Desplazados Internos en África, también conocida como Convención de Kampala, se obliga a los Estados partes a tomar las medidas necesarias para proteger contra la degradación ambiental las zonas donde se encuentran los desplazados internos, ya sea dentro de la jurisdicción de los Estados partes o en zonas bajo su control efectivo<sup>1070</sup>. La Convención de Kampala es de aplicación a los desplazamientos internos que tienen lugar, en particular, como consecuencia de los efectos de conflictos armados, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de desastres naturales o antropogénicos, o para evitar dichos efectos<sup>1071</sup>.

6) Entre otros acontecimientos recientes relacionados con los desplazamientos y el medio ambiente, cabe citar el establecimiento, en la Conferencia de las Partes en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, del Equipo de Tareas sobre los Desplazamientos con el mandato de formular recomendaciones sobre enfoques integrados que permitan evitar, reducir al mínimo y afrontar los desplazamientos relacionados con los efectos adversos del cambio climático<sup>1072</sup>. En 2015, los Estados aprobaron el Marco de Sendái para la Reducción del Riesgo de Desastres, en el que se pide, entre otras cosas, promover la cooperación transfronteriza para aumentar la resiliencia y reducir el riesgo de desastres y el riesgo de desplazamientos<sup>1073</sup>. El más reciente Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular incluye también una sección sobre la relación entre la migración y la degradación ambiental<sup>1074</sup>. Aunque estos acontecimientos se centran en las razones ambientales, y no en los efectos ambientales, de los desplazamientos, indican el reconocimiento por los Estados de la existencia de un nexo entre el medio ambiente y los desplazamientos, y de la necesidad de fomentar la cooperación y la regulación en ese ámbito.

7) El proyecto de principio 8 va dirigido a los Estados, las organizaciones internacionales y otros actores pertinentes. Entre las organizaciones internacionales que se ocupan de la protección de las personas desplazadas y el medio ambiente en las zonas afectadas por conflictos cabe citar el ACNUR, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y otros organismos de las Naciones Unidas, así como la Unión Europea, la Unión Africana y la OTAN. Los “otros actores pertinentes” a los que se hace referencia

<sup>1068</sup> Véase Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Rwanda: From Post-Conflict to Environmentally Sustainable Development* (nota 1060 *supra*). Véase también Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Sudan Post-Conflict Environmental Assessment* (nota 1059 *supra*).

<sup>1069</sup> Véase la resolución 2/15 de la Asamblea de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, de 27 de mayo de 2016, sobre la “Protección del medio ambiente en zonas afectadas por conflictos armados” (UNEP/EA.2/Res.15), párr. 1.

<sup>1070</sup> Convención de la Unión Africana para la Protección y la Asistencia de los Desplazados Internos en África (Kampala, 23 de octubre de 2009), art. 9, párr. 2 j). Puede consultarse en <https://au.int/en/treaties/african-union-convention-protection-and-assistance-internally-displaced-persons-africa>. La Convención entró en vigor el 6 de diciembre de 2012.

<sup>1071</sup> *Ibid.*, art. 1 k).

<sup>1072</sup> Conferencia de las Partes en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, decisión 1/CP.21 “Aprobación del Acuerdo de París”, párr. 49, en Informe de la Conferencia de las Partes sobre su 21<sup>er</sup> período de sesiones, celebrado en París del 30 de noviembre al 13 de diciembre de 2015, Adición (FCCC/CP/2015/10/Add.1). Véase también la Iniciativa Nansen, Agenda para la Protección de las Personas Desplazadas a Través de Fronteras en el Contexto de Desastres y Cambio Climático, vol. 1 (2015). Puede consultarse en [https://disasterdisplacement.org/wp-content/uploads/2017/08/16062016\\_ES\\_Protection\\_Agenda\\_V1.pdf](https://disasterdisplacement.org/wp-content/uploads/2017/08/16062016_ES_Protection_Agenda_V1.pdf) (consulta realizada el 8 de julio de 2019).

<sup>1073</sup> Marco de Sendái para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030, párr. 28 (aprobado en la Tercera Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Reducción del Riesgo de Desastres y hecho suyo por la Asamblea General en la resolución 69/283, de 3 de junio de 2015). Puede consultarse en [https://www.unisdr.org/files/43291\\_spanishsendaiframefordisasterri.pdf](https://www.unisdr.org/files/43291_spanishsendaiframefordisasterri.pdf) (consulta realizada el 8 de julio de 2019).

<sup>1074</sup> Resolución 73/195 de la Asamblea General, de 19 de diciembre de 2018, anexo.

en el proyecto de principio pueden incluir, entre otros, a los donantes internacionales, el CICR y las organizaciones no gubernamentales internacionales. Todos estos actores deben adoptar medidas apropiadas para prevenir y mitigar la degradación ambiental en las zonas donde se encuentren personas desplazadas por un conflicto armado, a la vez que prestar socorro y asistencia a esas personas y a las comunidades locales. Los términos “socorro y asistencia” se refieren en general al tipo de asistencia que se presta cuando se producen desplazamientos humanos. Estos términos no pretenden transmitir un sentido diferente del que se les atribuye en las labores humanitarias.

8) El proyecto de principio 8 incluye una referencia al socorro prestado a las personas desplazadas y las comunidades locales. Las Directrices del ACNUR sobre el Medio Ambiente señalan a este respecto que el estado del medio ambiente influirá directamente en el bienestar de las personas que vivan en los alrededores, ya sean refugiadas, personas que retornan o comunidades locales<sup>1075</sup>. La provisión de medios de vida para las personas desplazadas depende estrechamente de la preservación y protección del medio ambiente en el que viven las comunidades locales y de acogida. Una mejor gobernanza ambiental aumenta la resiliencia de las comunidades de acogida, las personas desplazadas y el propio medio ambiente.

9) Del mismo modo, la Organización Internacional para las Migraciones ha destacado la importancia de reducir la vulnerabilidad de las personas desplazadas, así como su impacto en la sociedad y en el ecosistema receptores, como un problema que está surgiendo y que es preciso abordar<sup>1076</sup>, y ha elaborado un Atlas de la Migración Ambiental<sup>1077</sup>. Además, el Banco Mundial puso de relieve el tema en su informe de 2009 titulado “Forced displacement – The development challenge”<sup>1078</sup>. En el informe se destaca el impacto que los desplazamientos pueden tener en la sostenibilidad ambiental y el desarrollo, entre otras cosas por la degradación ambiental<sup>1079</sup>. Cabe también hacer referencia al Proyecto de Pacto Internacional sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, que contiene un párrafo sobre los desplazamientos que establece que las partes adoptarán todas las medidas necesarias para socorrer a los desplazados por conflictos armados, incluidos los desplazados internos, teniendo debidamente en cuenta las obligaciones ambientales<sup>1080</sup>.

10) La referencia a “prestar socorro” a las personas desplazadas por conflictos y a las comunidades locales en el proyecto de principio 8 también debe interpretarse a la luz de la labor anterior de la Comisión sobre el tema “Protección de las personas en caso de desastre”<sup>1081</sup>. Como se explica en el comentario pertinente, el proyecto de artículos sería de aplicación en situaciones de desplazamiento que, por su magnitud, puedan considerarse “emergencias complejas”, por ejemplo, cuando se produce un desastre en una zona donde hay un conflicto armado<sup>1082</sup>.

<sup>1075</sup> UNHCR *Environmental Guidelines* (nota 1057 *supra*), pág. 5.

<sup>1076</sup> Organización Internacional para las Migraciones, *Compendium of Activities in Disaster Risk Reduction and Resilience* (Ginebra, 2013), al que se hace referencia en *IOM Outlook on Migration, Environment and Climate Change* (Ginebra, 2014), pág. 82.

<sup>1077</sup> D. Ionesco, D. Mokhnacheva y F. Gemenne, *The Atlas of Environmental Migration* (Abingdon, Routledge, 2019).

<sup>1078</sup> A. Christensen y N. Harild, “Forced displacement – The development challenge” (Departamento de Desarrollo Social, Grupo Banco Mundial, Washington D. C., 2009).

<sup>1079</sup> *Ibid.*, págs. 4 y 11.

<sup>1080</sup> Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, Proyecto de Pacto Internacional sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (2015), art. 40, relativo a las actividades militares y hostiles (anteriormente art. 38). Puede consultarse en [www.iucn.org/](http://www.iucn.org/).

<sup>1081</sup> Proyecto de artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo primer periodo de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/71/10)*, párrs. 48 y 49.

<sup>1082</sup> Párr. 9) del comentario al artículo 18, párr. 2, *ibid.*, pág. 79. Véase también el proyecto de art. 3 a), donde se define el desastre, a los efectos del proyecto de artículos, como “un acontecimiento o una serie de acontecimientos calamitosos que ocasionan pérdidas masivas de vidas humanas, grandes sufrimientos y aflicción a seres humanos, desplazamientos en masa, o daños materiales o ambientales de gran magnitud, perturbando así gravemente el funcionamiento de la sociedad”. *Ibid.*, pág. 14.

11) El proyecto de principio 8 se ha ubicado en la segunda parte porque los desplazamientos humanos relacionados con conflictos constituyen un fenómeno que puede ser necesario abordar tanto durante un conflicto armado como después de este.

### **Principio 9** **Responsabilidad del Estado**

1. Todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado, en relación con un conflicto armado, que cause daños al medio ambiente generará la responsabilidad internacional de ese Estado, que estará obligado a reparar íntegramente esos daños, incluidos los daños al medio ambiente en sí mismo.

2. El presente proyecto de principios se entenderá sin perjuicio de las normas sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

### **Comentario**

1) El proyecto de principio 9 se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por los daños causados al medio ambiente en relación con conflictos armados. En el párrafo 1 se reitera la regla general de que todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado generará su responsabilidad internacional y dará lugar a la obligación de reparar íntegramente los daños que el hecho haya podido causar. En este párrafo se reafirma además la aplicabilidad de este principio a los hechos internacionalmente ilícitos en relación con conflictos armados, así como a los daños ambientales, incluidos los daños causados al medio ambiente en sí mismo.

2) El párrafo 1 se ha inspirado en los artículos 1 y 31, párrafo 1, de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Aunque no se mencionan otros artículos, el proyecto de principio deberá aplicarse de conformidad con las normas sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, incluidas las que especifican las condiciones de los hechos internacionalmente ilícitos. Esto significa, entre otras cosas, que el comportamiento que constituye el hecho internacionalmente ilícito puede consistir en una acción o una omisión. Además, para que se genere la responsabilidad internacional de un Estado en relación con un conflicto armado, la acción u omisión debe ser atribuible a ese Estado y constituir una violación de su obligación internacional<sup>1083</sup>.

3) Una acción u omisión atribuible a un Estado que cause daños al medio ambiente en relación con un conflicto armado es ilícita si se cumplen dos condiciones. En primer lugar, que la acción u omisión en cuestión vulnere una o varias de las normas sustantivas del derecho de los conflictos armados que prevén la protección del medio ambiente<sup>1084</sup> u otras normas de derecho internacional aplicables en esas situaciones, incluidos, entre otros, el derecho que regula el uso de la fuerza (*ius ad bellum*) y el derecho internacional de los derechos humanos<sup>1085</sup>. En segundo lugar, que esa norma o normas sean vinculantes para el Estado. El alcance de la responsabilidad del Estado, así como el umbral de los daños ambientales indemnizables, dependen de las normas primarias aplicables.

<sup>1083</sup> Art. 1 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (en adelante, "artículos sobre la responsabilidad del Estado"): "Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional", *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 76 y 77, págs. 33 a 35.

<sup>1084</sup> Entre ellas cabe citar los artículos 35, párrafo 3, y 55 del Protocolo adicional I y su equivalente en derecho consuetudinario, los principios de distinción, proporcionalidad, necesidad militar y precauciones en el ataque, así como otras normas relativas al desarrollo de las hostilidades, y el derecho relativo a la ocupación, que también se reflejan en el presente proyecto de principios.

<sup>1085</sup> Además, en la medida en que el derecho penal internacional protege el medio ambiente en los conflictos armados, los crímenes internacionales en cuestión pueden generar la responsabilidad del Estado. Véanse el art. 1 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 76 y 77, y el párr. 3) del comentario al artículo 58, *ibid.*, págs. 152 y 153. Véase también *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, fallo, *I.C.J. Reports 2007*, págs. 43 y ss., en especial pág. 116, párr. 173.

4) Las normas del derecho de los conflictos armados relativas a la responsabilidad del Estado son claras y están bien establecidas. Como *lex specialis* en los conflictos armados, el derecho de los conflictos armados responsabiliza también a los Estados partes en un conflicto armado de “todos los actos cometidos por personas que formen parte de su ejército”, incluidos sus actos privados<sup>1086</sup>. En lo que respecta al derecho que regula el uso de la fuerza, toda vulneración del Artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas entraña responsabilidad por los daños que cause dicha vulneración, sean o no resultado de una violación del derecho de los conflictos armados<sup>1087</sup>. Las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos también pueden fundamentar el establecimiento de la responsabilidad por los daños ambientales causados en el marco de un conflicto —en particular, pero no exclusivamente— en situaciones de ocupación. La degradación de las condiciones ambientales puede vulnerar varios derechos humanos específicos, entre ellos el derecho a la vida, el derecho a la salud y el derecho a la alimentación, como ha quedado establecido en la jurisprudencia de las cortes y tribunales regionales de derechos humanos y de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos<sup>1088</sup>.

5) La Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas, que fue establecida por el Consejo de Seguridad en 1991 para tramitar las reclamaciones relativas a la invasión y ocupación de Kuwait por parte del Iraq, fue la primera en reconocer que los daños ambientales causados en un conflicto armado eran indemnizables con arreglo al derecho internacional<sup>1089</sup>. La competencia de la Comisión de Indemnización proviene de la resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad, que reafirmó que el Iraq era responsable “ante los Gobiernos, los nacionales y las empresas extranjeros, con arreglo al derecho internacional, por toda pérdida directa y daño directo, incluidos los daños al medio ambiente y la destrucción de recursos naturales, y por todo perjuicio directo resultante de la invasión y ocupación ilícitas de Kuwait”<sup>1090</sup>.

<sup>1086</sup> Convención IV relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre (Convención IV de La Haya) (La Haya, 18 de octubre de 1907), J. B. Scott (ed.), *The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907*, 3ª ed. (Nueva York, Oxford University Press, 1915), pág. 100, art. 3: “[l]a parte beligerante que viole las disposiciones de dicho Reglamento será condenada, si hubiere lugar, a pagar una indemnización. Será responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de su ejército”. Véase también el Protocolo adicional I, art. 91. Véase además Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario...* (nota 969 *supra*), norma 150, pág. 606: “El Estado responsable de violaciones del derecho internacional humanitario está obligado a reparar íntegramente la pérdida o la lesión causada”. Esta regla especial también es aplicable a los actos privados de los miembros de las fuerzas armadas.

<sup>1087</sup> Véanse Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, decisión núm. 7, relativa a la responsabilidad en relación con el *ius ad bellum*, *U.N.R.I.A.A.* (2009), pág. 631, párr. 13; el comentario del CICR (1987) al Protocolo adicional I, art. 91, párr. 3650. Véase también M. Sassòli, “State responsibility for violations of international humanitarian law”, *International Review of the Red Cross*, vol. 84, (2002), pág. 401 a 434; C. Greenwood, “State responsibility and civil liability for environmental damage caused by military operations”, en R. J. Grunawalt, J. E. King y R. S. McClain (eds.), “Protection of the environment during armed conflict”, *International Law Studies*, vol. 69 (1996), págs. 397 a 415, en especial págs. 405 y 406.

<sup>1088</sup> Véanse *Yanomami Vs. Brasil*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, resolución núm. 12/85, caso núm. 7615, 5 de marzo de 1985; *Öneryildiz v. Turkey*, demanda núm. 48939/99, sentencia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 30 de noviembre de 2004, ECHR 2004-XII; *Powell and Rayner v. the United Kingdom*, demanda núm. 9310/81, sentencia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 21 de febrero de 1990; *López Ostra v. Spain*, demanda núm. 16798/90, sentencia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 9 de diciembre de 1994; *Guerra and Others v. Italy*, demanda núm. 116/1996/735/532, sentencia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 19 de febrero de 1998; *Fadeyeva v. Russia*, demanda núm. 55723/00, sentencia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 9 de junio de 2005. Véase también R. Pavoni, “Environmental jurisprudence of the European and Inter-American Courts of Human Rights: comparative insights”, en B. Boer, *Environmental Law Dimensions of Human Rights* (Oxford, Oxford University Press, 2015), págs. 69 a 106. Véase también “Determinación de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible”, informe separado de la Asamblea General y el Consejo de Derechos Humanos, incluido el proceso del examen periódico universal, informe núm. 6, diciembre de 2013, parte III C.

<sup>1089</sup> Resolución 692 (1991) del Consejo de Seguridad, de 20 de mayo de 1991.

<sup>1090</sup> Resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad, de 3 de abril de 1991, párr. 16.



6) La actuación de la Comisión de Indemnización en la tramitación de reclamaciones ambientales ha sido histórica en el ámbito de la reparación de los daños ambientales causados en tiempo de guerra, además de un importante punto de referencia para contextos distintos de los conflictos armados<sup>1091</sup>. Cabe citar como ejemplo la forma de cuantificar los daños ambientales. La Comisión de Indemnización no intentó definir los conceptos de “daños directos al medio ambiente” y “destrucción de recursos naturales” mencionados en la resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad, sino que presentó una lista no exhaustiva de pérdidas o gastos indemnizables resultantes de:

a) La mitigación y prevención de los daños causados al medio ambiente, incluidos los gastos relacionados directamente con la extinción de los incendios petrolíferos y la detención del vertido de petróleo en aguas costeras e internacionales;

b) Las medidas razonables ya adoptadas para limpiar y restaurar el medio ambiente o las medidas que se adopten en el futuro y que pueda demostrarse que son razonablemente necesarias para limpiar y restaurar el medio ambiente;

c) La vigilancia y evaluación razonables de los daños causados al medio ambiente a los fines de evaluar y mitigar los daños y de restaurar el medio ambiente;

d) La vigilancia razonable de la salud pública y la realización de exámenes médicos a los fines de investigar y combatir el aumento de los riesgos para la salud derivados de los daños causados al medio ambiente; y

e) La explotación abusiva o los daños causados a los recursos naturales<sup>1092</sup>.

7) En el párrafo 1 del proyecto de principio 9 se reafirma el carácter indemnizable de los daños al medio ambiente en sí mismo en virtud del derecho internacional. Esta afirmación va en consonancia con la labor anterior de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado<sup>1093</sup> y sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas<sup>1094</sup>. Cabe también hacer referencia a la declaración de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas de que “nada justifica la afirmación de que el derecho internacional general impide la indemnización de los daños puramente ambientales”<sup>1095</sup>. El párrafo 1 del proyecto de principio se inspira además en el fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa relativa a *Ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua)*, en el que la Corte dictaminó que “es conforme a los principios del derecho internacional que rigen las consecuencias de los hechos internacionalmente

<sup>1091</sup> D. D. Caron, “The profound significance of the UNCC for the environment”, en C. R. Payne y P. H. Sand (eds.), *Gulf War Reparations and the UN Compensation Commission Environmental Liability* (Oxford, Oxford University Press, 2011), págs. 265 a 275; P. Gautier, “Environmental damage and the United Nations Claims Commission: new directions for future international environmental cases?”, en T. M. Ndiaye y R. Wolfrum (eds.), *Law of the Sea, Environmental Law, and Settlement of Disputes. Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2007), págs. 177 a 214; P. H. Sand, “Compensation for environmental damage from the 1991 Gulf War”, *Environmental Policy and Law*, vol. 35 (2005), págs. 244 a 249.

<sup>1092</sup> Decisión adoptada por el Consejo de Administración de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas durante su tercer período de sesiones, en la 18ª sesión, celebrada el 28 de noviembre de 1991, revisada en la 24ª sesión, celebrada el 16 de marzo de 1992 (S/AC.26/1991/7/Rev.1), párr. 35.

<sup>1093</sup> Párr. 15) del comentario al artículo 36 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 76 y 77, pág. 108: “los daños al medio ambiente a menudo no se limitan a los que pueden cuantificarse fácilmente como gastos de limpieza o de pérdida de valor de un bien. Los daños causados a esos valores ecológicos (biodiversidad, esparcimiento, etc., denominados a veces ‘valores no de uso’) no son, en principio, menos reales e indemnizables que los daños a los bienes, aunque pueda resultar más difícil cuantificarlos”.

<sup>1094</sup> Párr. 6) del comentario al principio 3 de los principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, *Anuario...*, 2006, vol. II (segunda parte), párrs. 66 y 67, pág. 81: “es importante subrayar que los daños al medio ambiente en sí pueden constituir daños que tengan que ser objeto de una indemnización pronta y adecuada”.

<sup>1095</sup> Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas, Consejo de Administración, Informe y recomendaciones del Grupo de Comisionados acerca de la quinta serie de reclamaciones “F4” (S/AC.26/2005/10), párr. 58.

ilícitos, incluido el principio de reparación íntegra, considerar que los daños causados al medio ambiente en sí mismo son indemnizables”<sup>1096</sup>.

8) Se ha explicado que la noción de “medio ambiente en sí mismo” se refiere a los “daños puramente ambientales”<sup>1097</sup>. Esta última expresión fue utilizada por la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas en la cita anterior. Ambos conceptos, así como la noción de “daño al medio ambiente *per se*” que la Comisión de Derecho Internacional utilizó en los principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, tienen el mismo sentido. Se refieren a los daños al medio ambiente que no causan, o no solo causan, daños materiales, sino que provocan el menoscabo o la pérdida de la capacidad del medio ambiente para proporcionar servicios ecosistémicos como el secuestro de carbono de la atmósfera, los servicios de calidad del aire y la biodiversidad<sup>1098</sup>.

9) El párrafo 2 del proyecto de principio 9 aclara que el proyecto de principios se entenderá sin perjuicio de las normas sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

10) El proyecto de principio 9 se ha ubicado en la segunda parte, que contiene proyectos de principio relacionados con la fase anterior a un conflicto armado y proyectos de principio aplicables a más de una fase, incluidas disposiciones de aplicación general. El proyecto de principio 9 pertenece a esta última categoría.

### **Principio 10** **Debida diligencia corporativa**

Los Estados deben adoptar medidas legislativas y de otra índole apropiadas destinadas a velar por que las corporaciones y otras empresas que operen en su territorio o desde él actúen con la debida diligencia en lo que respecta a la protección del medio ambiente, también en relación con la salud humana, cuando realicen actividades en una zona de conflicto armado o en una situación posterior a un conflicto armado. Esas medidas incluirán las destinadas a velar por que los recursos naturales se adquieran u obtengan de una manera ambientalmente sostenible.

### **Comentario**

1) En el proyecto de principio 10 se recomienda que los Estados adopten medidas legislativas y de otra índole apropiadas para que las corporaciones que operen en su territorio o desde él actúen con la debida diligencia en lo que respecta a la protección del medio ambiente, también en relación con la salud humana, en zonas de conflicto armado o en situaciones posteriores a un conflicto. En la segunda oración del proyecto de principio 10 se especifica que esas medidas incluirán las destinadas a velar por que los recursos naturales se adquieran u obtengan de una manera ambientalmente sostenible. El proyecto de principio no refleja una obligación jurídica generalmente vinculante y, por consiguiente, se ha redactado como recomendación.

<sup>1096</sup> *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, indemnización adeudada por la República de Nicaragua a la República de Costa Rica, Corte Internacional de Justicia, 2 de febrero de 2018, Lista General núm. 150, núm. 41.

<sup>1097</sup> *Ibid.*, opinión separada de la Magistrada Donoghue, párr. 3: “Los daños al medio ambiente pueden comprender no solo daños a bienes físicos, como plantas y minerales, sino también a los ‘servicios’ que estos prestan a otros recursos naturales (por ejemplo, el hábitat) y a la sociedad. Es preciso reparar esos daños, en caso de determinarse, aun cuando los bienes y servicios dañados no tengan valor comercial ni se destinen de otro modo a fines económicos. Por consiguiente, Costa Rica tiene derecho a reclamar una indemnización por los daños ‘puramente’ ambientales, que la Corte denomina ‘daños causados al medio ambiente en sí mismo’”.

<sup>1098</sup> Véase J. B. Ruhl y J. Salzman, “The law and policy beginnings of ecosystem services”, *Journal of Land Use and Environmental Law*, vol. 22 (2007), págs. 157 a 172. Véase también *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, indemnización adeudada (nota 1096 *supra*), párr. 75.



2) El concepto de “debida diligencia corporativa” se refiere a una amplia red de marcos normativos destinados a promover prácticas empresariales responsables, incluido el respeto de los derechos humanos y las normas ambientales internacionales. Estos marcos comprenden directrices no vinculantes, así como normativa vinculante a nivel nacional o regional, e incluyen también los códigos de conducta creados por las propias empresas. El proyecto de principio 10 se basa en los marcos reguladores existentes, que no siempre están claramente centrados en el medio ambiente o en las zonas de conflicto armado ni en las situaciones posteriores a un conflicto armado, y trata de complementarlos.

3) Los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, de las Naciones Unidas<sup>1099</sup>, se basan en las obligaciones de los Estados de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales, y su aplicación depende en gran medida de la acción de los Estados<sup>1100</sup>. Proponen una serie de medidas que los Estados pueden adoptar para que las empresas que operen en zonas de conflicto no se vean implicadas en graves violaciones de los derechos humanos<sup>1101</sup>. Esto incluye “[a]segurar la eficacia de las políticas, leyes, reglamentos y medidas coercitivas vigentes para prevenir el riesgo de que las empresas se vean implicadas en graves violaciones de los derechos humanos”<sup>1102</sup>.

4) Las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales<sup>1103</sup> de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) abordan expresamente las preocupaciones ambientales, y recomiendan que las empresas “tom[en] debidamente en cuenta la necesidad de proteger el medio ambiente, la salud y la seguridad públicas y, en general, [...] reali[cen] sus actividades de manera que contribuyan al objetivo más amplio del desarrollo sostenible”<sup>1104</sup>. La Guía de debida diligencia de la OCDE para cadenas de suministro responsables de minerales originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo, de 2016<sup>1105</sup>, entre otras cosas, alienta a las corporaciones que operen en zonas de conflicto y de alto riesgo o que se abastezcan de minerales procedentes de esas zonas a que evalúen y eviten el riesgo de verse implicadas en graves violaciones de los derechos humanos<sup>1106</sup>. Entre los marcos reguladores más específicamente relacionados con los recursos naturales y las zonas de conflicto armado también cabe citar el Mecanismo de Certificación de la Conferencia Internacional sobre la Región de los Grandes Lagos<sup>1107</sup> y la Guía de Debida Diligencia para Cadenas de Suministro de Minerales Responsables elaborada por China<sup>1108</sup>. También se han creado marcos de debida diligencia para sectores empresariales específicos, incluidas las

<sup>1099</sup> Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del Marco de las Naciones Unidas para “Proteger, Respetar y Remediar” (A/HRC/17/31, anexo). El Consejo de Derechos Humanos hizo suyos los Principios Rectores en su resolución 17/4, de 16 de junio de 2011.

<sup>1100</sup> Hasta la fecha, 21 Estados han publicado planes de acción nacionales para la aplicación de los Principios Rectores y 23 están preparando un plan de acción o se han comprometido a prepararlo. En otros 9 Estados, las instituciones nacionales de derechos humanos o la sociedad civil han tomado disposiciones para elaborar un plan de acción nacional. Información disponible en [www.ohchr.org/SP/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx](http://www.ohchr.org/SP/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx) (consulta realizada el 8 de julio de 2019).

<sup>1101</sup> Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, principio 7.

<sup>1102</sup> *Ibid.*, principio 7, párr. d).

<sup>1103</sup> OCDE, *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*. Las líneas directrices actualizadas y la decisión correspondiente fueron aprobadas por los 42 Gobiernos adheridos el 25 de mayo de 2011. Pueden consultarse en <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf> (consulta realizada el 8 de julio de 2019).

<sup>1104</sup> *Ibid.*, cap. VI “Medio ambiente”, pág. 46.

<sup>1105</sup> OCDE, *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas*, 3ª ed. (París, 2016). Puede consultarse en [www.oecd.org/daf/inv/mne/mining.htm](http://www.oecd.org/daf/inv/mne/mining.htm) (consulta realizada el 8 de julio de 2019).

<sup>1106</sup> *Ibid.*, pág. 16.

<sup>1107</sup> Véase [www.icglr-rinr.org/index.php/en/certification](http://www.icglr-rinr.org/index.php/en/certification) (consulta realizada el 8 de julio de 2019).

<sup>1108</sup> China, Cámara de Comercio de Importadores y Exportadores de Metales, Minerales y Productos Químicos, *Chinese Due Diligence Guidelines for Responsible Mineral Supply Chains*. La guía se aplica a todas las empresas chinas que extraen o utilizan recursos minerales y sus derivados y que intervienen en cualquier punto de la cadena de suministro de minerales. Puede consultarse en <http://mneguidelines.oecd.org/chinese-due-diligence-guidelines-for-responsible-mineral-supply-chains.htm> (consulta realizada el 8 de julio de 2019).

industrias extractivas, fruto de la cooperación entre los Estados, las empresas y la sociedad civil<sup>1109</sup>.

5) En algunos casos, esas iniciativas han servido para impulsar a los Estados a incorporar normas similares en su legislación nacional y hacerlas vinculantes para las corporaciones sujetas a su jurisdicción que operen en zonas de conflicto o mantengan una actividad comercial con esas zonas. También se han elaborado instrumentos jurídicamente vinculantes en el plano regional. Algunos ejemplos de esos marcos jurídicamente vinculantes, ya sea a nivel regional o nacional, son la Ley Dodd-Frank de 2010 de los Estados Unidos<sup>1110</sup>, el Protocolo de Lusaka de la Conferencia Internacional sobre la Región de los Grandes Lagos<sup>1111</sup>, el reglamento de la Unión Europea sobre minerales originarios de zonas de conflicto<sup>1112</sup> y el reglamento de la Unión Europea sobre la madera<sup>1113</sup>.

6) El texto del proyecto de principio 10 se basa en los marcos existentes de debida diligencia corporativa, entre otras cosas en lo que respecta a la forma de adquirir y obtener recursos naturales. Al mismo tiempo, de conformidad con el alcance del tema, se centra de manera específica en la protección del medio ambiente en las zonas de conflicto armado, así como en las situaciones posteriores a un conflicto armado. A este respecto, cabe hacer referencia al concepto de “zonas de conflicto o de alto riesgo” utilizado en la Guía de debida diligencia de la OCDE para cadenas de suministro responsables de minerales, así como en el reglamento de la Unión Europea sobre minerales originarios de zonas de conflicto. La Guía de debida diligencia de la OCDE define este concepto señalando que dichas zonas se caracterizan por la existencia de conflictos armados, violencia generalizada u otros riesgos de daño a las personas<sup>1114</sup>. El reglamento de la Unión Europea sobre los

<sup>1109</sup> En lo que respecta a la Iniciativa para la Transparencia de las Industrias Extractivas, que tiene por objeto aumentar la transparencia en la gestión de los ingresos procedentes del petróleo, el gas y la minería, véase <http://eiti.org/es>; en relación con los Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos para las empresas de la industria extractiva, véase [www.voluntaryprinciples.org](http://www.voluntaryprinciples.org); y, en cuanto a los Principios del Ecuador del sector financiero para determinar, evaluar y gestionar los riesgos ambientales y sociales en la financiación de proyectos, véase [http://equator-principles.com/wp-content/uploads/2018/01/equator\\_principles\\_spanish\\_2013.pdf](http://equator-principles.com/wp-content/uploads/2018/01/equator_principles_spanish_2013.pdf).

<sup>1110</sup> Ley destinada a promover la estabilidad financiera de los Estados Unidos mediante la mejora de la rendición de cuentas y la transparencia en el sistema financiero, a poner fin al principio “demasiado grande para quebrar”, a proteger al contribuyente estadounidense poniendo fin a los rescates, a proteger a los consumidores de las prácticas abusivas de los servicios financieros, y a otros fines (Ley Dodd-Frank), 11 de julio de 2010, Pub.L. 111-203, 124 Stat. 1376-2223. El artículo 1502 de la Ley Dodd-Frank, relativo a los minerales de zonas de conflicto procedentes de la República Democrática del Congo, exige que las empresas domiciliadas en los Estados Unidos actúen con la debida diligencia respecto de determinados minerales procedentes de la República Democrática del Congo.

<sup>1111</sup> Protocolo contra la Explotación Ilegal de los Recursos Naturales de la Conferencia Internacional sobre la Región de los Grandes Lagos (Nairobi, 30 de noviembre de 2006), puede consultarse en [https://ungreatlakes.unmissions.org/sites/default/files/icglr\\_protocol\\_against\\_the\\_illegal\\_exploitation\\_of\\_natural\\_resource.pdf](https://ungreatlakes.unmissions.org/sites/default/files/icglr_protocol_against_the_illegal_exploitation_of_natural_resource.pdf) (consulta realizada el 8 de julio de 2019). En el artículo 17, párrafo 1 se exige a los Estados partes que establezcan la responsabilidad de las personas jurídicas que participen en la explotación ilegal de recursos naturales.

<sup>1112</sup> Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro por lo que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 130, pág. 1 (Reglamento de la Unión Europea sobre minerales originarios de zonas de conflicto). El reglamento entrará en vigor el 1 de enero de 2021. El reglamento impone obligaciones de diligencia debida en la cadena de suministro a los importadores de la Unión Europea de determinados minerales procedentes de zonas de conflicto y de alto riesgo.

<sup>1113</sup> Reglamento (UE) núm. 995/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, por el que se establecen las obligaciones de los agentes que comercializan madera y productos de la madera (12 de noviembre de 2010), *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 295, pág. 23. El reglamento sobre la madera exige que los agentes actúen con la diligencia debida para minimizar el riesgo de comercializar en el mercado de la Unión Europea madera obtenida ilegalmente o productos derivados de esa madera.

<sup>1114</sup> *OECD Due Diligence Guidance...* (nota 1105 *supra*), pág. 13. La Guía explica que los conflictos armados pueden revestir una variedad de formas, como conflictos de carácter internacional o no

minerales originarios de zonas de conflicto da la siguiente definición: “las zonas que se encuentren en situación de conflicto armado o de posconflicto frágil, así como las zonas con gobiernos o seguridad precarios o inexistentes, como los Estados fallidos, y con vulneraciones generalizadas y sistemáticas del Derecho internacional, incluidas las violaciones de los derechos humanos”<sup>1115</sup>. Si bien reconoció la pertinencia de la noción de “zonas de conflicto o de alto riesgo” para el proyecto de principio 10, la Comisión optó por hablar de “zona de conflicto armado” y “situación posterior a un conflicto armado”, ya que estas expresiones se ajustan más a la terminología utilizada en el proyecto de principios. Deben entenderse en el sentido de los conceptos de “conflicto armado”<sup>1116</sup> y de situación “posterior a un conflicto armado”<sup>1117</sup> utilizados en este proyecto.

7) En la primera oración del proyecto de principio 10 se habla de “medidas legislativas y de otra índole”. Es habitual que los instrumentos internacionales que requieren una aplicación a nivel nacional se refieran expresamente a medidas legislativas<sup>1118</sup>, y para asegurar la debida diligencia corporativa normalmente se requerirá la adopción de medidas legislativas. La expresión “y de otra índole” puede ser de amplio alcance e incluir, entre otras, medidas judiciales y administrativas. Otro calificativo, “apropiadas”, indica que las medidas adoptadas a nivel nacional pueden variar de un país a otro. Esas medidas deben, en todo caso, estar destinadas a velar por que las corporaciones y otras empresas que operen en el territorio del país en cuestión o desde él actúen con la debida diligencia en lo que respecta a la protección del medio ambiente cuando realicen actividades en una zona de conflicto armado o en una situación posterior a un conflicto armado.

8) No existe una práctica uniforme sobre la forma de referirse a las entidades empresariales a las que va dirigida la orientación relativa a la debida diligencia. Los diferentes marcos reguladores emplean expresiones que van desde “empresas

---

internacional, que pueden involucrar dos o más Estados, o pueden consistir en guerras de liberación, insurgencias, guerras civiles, etc. Las zonas de alto riesgo pueden incluir zonas de inestabilidad política o represión, debilidad institucional, inseguridad, colapso de la infraestructura civil y violencia generalizada. Estas zonas a menudo se caracterizan por abusos generalizados cometidos contra los derechos humanos y por violaciones del derecho nacional o internacional.

<sup>1115</sup> Reglamento de la Unión Europea sobre minerales originarios de zonas de conflicto (nota 1112 *supra*), art. 2, párr. f).

<sup>1116</sup> Véase el párr. 7) del comentario al proyecto de principio 13 *infra*.

<sup>1117</sup> Se utiliza más a menudo la expresión “después de un conflicto armado”. Esta expresión no se ha definido. No obstante, es evidente que, a los efectos de la protección del medio ambiente, no puede limitarse al periodo inmediatamente posterior a un conflicto armado.

<sup>1118</sup> Véanse, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 19 de diciembre de 1966), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 993, núm. 14531, pág. 3, art. 2, párr. 1, en el que se habla expresamente de *medidas legislativas*, y el 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, art. 5, párr. 2. Véase también el 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. 18, así como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Nueva York, 15 de noviembre de 2000), *ibid.*, vol. 2225, núm. 39574, pág. 209, art. 7, donde se hace referencia a “un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión [...] dentro de [la] jurisdicción [de un Estado]”. A este respecto, cabe mencionar también la labor de la Asociación de Derecho Internacional con respecto a la debida diligencia, que expresa una clara preferencia por las medidas legislativas como medio para cumplir la obligación en materia de derechos humanos de proteger, y señala, en relación con la opinión consultiva del Tribunal Internacional del Derecho del Mar relativa a los *Fondos marinos (Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area)*, Sala de Controversias de los Fondos Marinos, Tribunal Internacional del Derecho del Mar, causa núm. 17, 1 de febrero de 2011), que las obligaciones de debida diligencia de los Estados se cumplen y demuestran si el Estado ha establecido un marco legislativo y reglamentario. International Law Association, Grupo de Estudio sobre la Debida Diligencia en Derecho Internacional, primer informe, 7 de marzo de 2014, págs. 17 y 26. Puede consultarse en <http://www.ila-hq.org/index.php/study-groups> (consulta realizada el 8 de julio de 2019).

transnacionales”<sup>1119</sup> hasta “empresas multinacionales”<sup>1120</sup>, “empresas comerciales”<sup>1121</sup> o “compañías”<sup>1122</sup>. En el proyecto de principio se escogió la expresión “corporaciones y otras empresas” por tratarse de una noción amplia que no impondría límites innecesarios. La forma en que se interprete esta noción dependerá principalmente de la legislación nacional de cada Estado. Del mismo modo, hay diversas formas de describir la relación entre las corporaciones u otras empresas y el Estado<sup>1123</sup>. La expresión “que operen en su territorio o desde él” es la fórmula habitual empleada en la Guía de debida diligencia de la OCDE<sup>1124</sup>.

9) La noción de “debida diligencia” utilizada en el proyecto de principio se refiere a la debida diligencia que se espera de las corporaciones y otras entidades empresariales cuando realicen actividades en zonas de conflicto armado o en situaciones posteriores a un conflicto armado. Esta noción no se utiliza de manera distinta a la de los marcos de debida diligencia mencionados en los párrafos 2) a 4) *supra*. En lo que respecta a su contenido, cabe remitirse a los parámetros de la “diligencia debida en materia de derechos humanos” explicada en los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos:

La diligencia debida en materia de derechos humanos:

- a) Debe abarcar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que la empresa haya provocado o contribuido a provocar a través de sus propias actividades, o que guarden relación directa con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales;
- b) Variará de complejidad en función del tamaño de la empresa, el riesgo de graves consecuencias negativas sobre los derechos humanos y la naturaleza y el contexto de sus operaciones;
- c) Debe ser un proceso continuo, ya que los riesgos para los derechos humanos pueden cambiar con el tiempo, en función de la evolución de las operaciones y el contexto operacional de las empresas<sup>1125</sup>.

El reglamento de la Unión Europea sobre los minerales originarios de zonas de conflicto define la diligencia debida en la cadena de suministro en términos similares, como “un proceso continuo, proactivo y reactivo, a través del cual los agentes económicos supervisan y administran sus compraventas con el fin de garantizar que no contribuyan a conflictos o a los efectos negativos de estos”<sup>1126</sup>. Asimismo, las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales y la documentación conexas contienen una orientación detallada sobre las normas ambientales internacionales<sup>1127</sup>.

<sup>1119</sup> Resolución 26/9 del Consejo de Derechos Humanos, de 26 de junio de 2014, por la que se establece un grupo de trabajo para elaborar un instrumento jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas.

<sup>1120</sup> *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales* (nota 1103 *supra*).

<sup>1121</sup> Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos.

<sup>1122</sup> *Chinese Due Diligence Guidelines for Responsible Mineral Supply Chains* (nota 1108 *supra*).

<sup>1123</sup> Por ejemplo, en los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos se recurre al concepto de “empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción”, véase, por ejemplo, el principio 2.

<sup>1124</sup> *OECD Due Diligence Guidance* (nota 1105 *supra*), pág. 9; y Recomendación del Consejo sobre la Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable (2018), págs. 99 a 101, que puede consultarse en <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0443> (consulta realizada el 8 de julio de 2019). Véase también OCDE, *Implementing the OECD Due Diligence Guidance*, resumen (París, 28 de mayo de 2018), pág. 6, párr. 16. Puede consultarse en [https://tuac.org/wp-content/uploads/2018/05/140PS\\_E\\_10\\_duediligence.pdf](https://tuac.org/wp-content/uploads/2018/05/140PS_E_10_duediligence.pdf) (consulta realizada el 8 de julio de 2019).

<sup>1125</sup> Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, principio 17.

<sup>1126</sup> Véase el reglamento de la Unión Europea sobre los minerales originarios de zonas de conflicto (nota 1112 *supra*), undécimo párrafo del preámbulo. Véase también la *OECD Due Diligence Guidance...* (nota 1105 *supra*), pág. 13, donde se afirma que la debida diligencia es un proceso continuo, proactivo y reactivo mediante el cual las empresas pueden asegurarse de que respetan los derechos humanos y no contribuyen a los conflictos.

<sup>1127</sup> *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales* (nota 1103 *supra*), parte I, cap. VI “Medio ambiente”, págs. 46 a 50. Véase también OCDE, “El Medio Ambiente y las Líneas

10) Las palabras “también en relación con la salud humana” ponen de relieve el estrecho vínculo entre la degradación ambiental y la salud humana señalado en los instrumentos internacionales sobre el medio ambiente<sup>1128</sup>, los tratados y la jurisprudencia regionales<sup>1129</sup>, la labor del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>1130</sup> y la del Relator Especial sobre los derechos humanos y el medio ambiente<sup>1131</sup>. Así pues, esas

Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Herramientas y Enfoques Empresariales”. Puede consultarse en <https://www.oecd.org/env/35914152.pdf> (consulta realizada el 8 de julio de 2019).

<sup>1128</sup> Por ejemplo, los siguientes instrumentos hablan de “la salud humana y el medio ambiente”: Convenio sobre la Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Gran Distancia (Ginebra, 13 de noviembre de 1979), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1302, núm. 21623, pág. 217, art. 7 d); Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono (Viena, 22 de marzo de 1985), *ibid.*, vol. 1513, núm. 26164, pág. 293, preámbulo y art. 2, párr. 2 a); Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación (Basilea, 22 de marzo de 1989), *ibid.*, vol. 1673, núm. 28911, pág. 57, preámbulo, art. 2, párrs. 8 y 9, art. 4, párrs. 2 c), d) y f) y 11, art. 10, párr. 2 b), art. 13, párrs. 1 y 3 d), art. 15, párr. 5 a); Protocolo sobre la Prevención de la Contaminación del Mar Mediterráneo Causada por los Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su Eliminación (Esmirna, 1 de octubre de 1996), *ibid.*, vol. 2942, núm. 16908, pág. 155, art. 1 j) y k); Convenio de Rotterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo Aplicable a Ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos Objeto de Comercio Internacional (Rotterdam, 10 de septiembre de 1998), *ibid.*, vol. 2244, núm. 39973, pág. 337, preámbulo, art. 1 y art. 15, párr. 4; Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes (Estocolmo, 22 de mayo de 2001), *ibid.*, vol. 2256, núm. 40214, pág. 119, preámbulo, art. 1, art. 3, párr. 2 b) iii) a, art. 6, párr. 1, art. 11, párr. 1 d), art. 13, párr. 4; Convenio de Minamata sobre el Mercurio (Kumamoto, 10 de octubre de 2013), texto disponible en <https://treaties.un.org> (Status of Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, cap. XXVII.17), preámbulo, art. 1, art. 3, párr. 6 b) i), art. 12, párrs. 2 y 3 c), art. 18, párr. 1 b), art. 19, párr. 1 c); Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Escazú, 4 de marzo de 2018) (Acuerdo de Escazú), texto disponible en <https://treaties.un.org> (Status of Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, cap. XXVII.18), art. 6, párr. 12.

<sup>1129</sup> Por ejemplo, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos contempla el derecho a la salud y el derecho explícito a un medio ambiente saludable. Véase Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Nairobi, 27 de junio de 1981), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1520, núm. 26363, pág. 217, art. 16, párr. 1 (derecho a la salud), y art. 24 (“derecho a un entorno general satisfactorio favorable [al] desarrollo [de cada persona]”). Estos derechos se invocaron en *Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) v. Federal Republic of Nigeria*, comunicación núm. 155/96, decisión, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 27 de mayo de 2002, y en *Socio-Economic Rights and Accountability Project (SERAP) v. Nigeria*, sentencia núm. ECW/CCJ/JUD/18/12, Tribunal de Justicia de la Comunidad, Comunidad Económica de los Estados de África Occidental, 14 de diciembre de 2012. Asimismo, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (San Salvador, 17 de noviembre de 1988), Organización de los Estados Americanos, *Treaty Series*, núm. 69, reconoce ese derecho. La jurisprudencia regional reconoce que el derecho a la salud incluye un elemento de protección ambiental, como es la garantía de un medio ambiente libre de contaminación. Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe anual 1984-1985, cap. V, “Campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos, de conformidad con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, OEA/Ser.L/V/II.66; véase también Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba, 4 de octubre de 1983, OEA/Ser.L/V/II.61, Doc. 29 Rev. 1, cap. XIII, “El derecho a la salud”, párr. 41; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, resolución núm. 12/85 en el caso núm. 7615, 5 de marzo de 1985; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay* (nota 1015 *supra*), párr. 167.

<sup>1130</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 14 (2000) relativa al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12), *Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 2001, Suplemento núm. 2 (E/2001/22-E/C.12/2000/21)*, anexo IV, párr. 30.

<sup>1131</sup> Véase el informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible ([A/HRC/37/59](https://www.unhcr.org/refugees/37/59)).



palabras se refieren a la “salud humana” en el contexto de la protección del medio ambiente.

11) De acuerdo con la segunda oración del proyecto de principio 10, las medidas que han de adoptarse incluirán las destinadas a velar por que los recursos naturales se adquieran u obtengan de una manera ambientalmente sostenible. El requisito del abastecimiento responsable figura en varios documentos mencionados anteriormente. La Guía de la OCDE, por ejemplo, recomienda que los Estados promuevan el cumplimiento de la Guía por parte de las empresas que operen desde su territorio y que se abastezcan de minerales procedentes de zonas de conflicto o de alto riesgo con el fin de garantizar que respeten los derechos humanos, eviten contribuir al conflicto y en cambio contribuyan con éxito al desarrollo sostenible, equitativo y efectivo<sup>1132</sup>. La guía de China exige que las empresas determinen y evalúen los riesgos de contribuir al conflicto y a las graves violaciones de los derechos humanos asociadas a la extracción, el comercio, la transformación y la exportación de recursos de zonas de conflicto y de alto riesgo<sup>1133</sup>, así como los riesgos asociados a las faltas graves en cuestiones ambientales, sociales y éticas<sup>1134</sup>. El reglamento de la Unión Europea sobre minerales originarios de zonas de conflicto define la “diligencia debida en la cadena de suministro” como “las obligaciones de los importadores de la Unión [...] en relación con sus sistemas de gestión, su gestión de riesgos, las auditorías externas independientes y la comunicación de información con el fin de identificar y abordar los riesgos reales y potenciales vinculados a las zonas de conflicto o de alto riesgo para impedir o reducir los efectos negativos asociados a sus actividades de abastecimiento”<sup>1135</sup>.

12) Se propuso que la segunda oración del proyecto de principio 10 incluyera la recomendación de que los recursos naturales se adquirieran u obtuvieran “equitativamente” y de una manera ambientalmente sostenible. Aunque no se cuestionaba la interpretación establecida según la cual el concepto de sostenibilidad abarcaba aspectos ambientales, económicos y sociales, ni la importancia de todos esos aspectos para la debida diligencia corporativa, la Comisión no incluyó la palabra “equitativamente” por considerar que podía crear confusión en el contexto del proyecto de principio 10.

13) El proyecto de principio 10 se ocupa de las actividades empresariales en zonas de conflicto armado o en situaciones posteriores a un conflicto armado, pero se refiere a medidas que, en esencia, son preventivas. Por tanto, el proyecto de principio se ha ubicado en la primera parte, que contiene principios relativos al período anterior al conflicto y principios que son aplicables en más de una fase, incluidos principios generales no asociados a ninguna fase en particular.

### **Principio 11** **Responsabilidad civil corporativa**

Los Estados deben adoptar medidas legislativas y de otra índole apropiadas destinadas a velar por que las corporaciones y otras empresas que operen en su territorio o desde él puedan ser consideradas responsables de los daños que hayan causado al medio ambiente, también en relación con la salud humana, en una zona de conflicto armado o en una situación posterior a un conflicto armado. Esas medidas deben incluir, en su caso, las destinadas a velar por que las corporaciones u otras empresas puedan ser consideradas responsables en la medida en que esos daños hayan sido causados por una filial suya que actúe bajo su control *de facto*. A tal efecto, los Estados deben prever, en su caso, procedimientos y medios de reparación adecuados y efectivos, en particular para las víctimas de esos daños.

<sup>1132</sup> *OECD Due Diligence Guidance* (nota 1105 *supra*), recomendación, págs. 7 a 9.

<sup>1133</sup> *Chinese Due Diligence Guidelines for Responsible Mineral Supply Chains* (véase la nota 1108 *supra*), directriz 5.1.

<sup>1134</sup> *Ibid.*, directriz 5.2.

<sup>1135</sup> Reglamento de la Unión Europea sobre minerales originarios de zonas de conflicto (nota 1112 *supra*), art. 2 d).

## Comentario

1) El proyecto de principio 11 está estrechamente relacionado con el proyecto de principio 10 relativo a la debida diligencia corporativa. Tiene por objeto abordar las situaciones en las que se han causado daños al medio ambiente, también en relación con la salud humana, en zonas de conflicto armado o en situaciones posteriores a un conflicto. Se invita a los Estados a que adopten medidas legislativas y de otra índole apropiadas destinadas a velar por que las corporaciones u otras empresas que operen en el territorio del Estado o desde él puedan ser consideradas responsables de haber causado esos daños. Los conceptos de “medidas legislativas y de otra índole”, “corporaciones y otras empresas”, “al medio ambiente, también en relación con la salud humana”, “que operen en su territorio o desde él” y “en una zona de conflicto armado o en una situación posterior a un conflicto armado” deben interpretarse del mismo modo que en el proyecto de principio 10.

2) Las nociones de “daños” y “que hayan causado” deben interpretarse con arreglo al derecho aplicable, que puede ser el derecho del Estado de origen de la corporación u otra empresa o el derecho del Estado en el que se hayan causado los daños. A este respecto, cabe remitirse al régimen jurídico aplicable en la Unión Europea<sup>1136</sup>, que establece que el derecho aplicable a una reclamación será, en general, el del Estado en el que se hayan producido los daños<sup>1137</sup>. En cuanto al verbo “causar”, los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, en el contexto de la diligencia debida en materia de derechos humanos, se refieren a las consecuencias negativas que la empresa haya causado o contribuido a causar a través de sus propias actividades, o que guarden relación directa con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales<sup>1138</sup>.

3) La segunda oración del proyecto de principio 11 sigue la fórmula del proyecto de principio 10, al comenzar con una referencia a la oración anterior y añadir una consideración adicional que se incluye en sus objetivos. La expresión “en su caso”, que no aparece en el proyecto de principio 10, introduce un matiz en cuanto a la forma de aplicar los elementos de la disposición a nivel nacional. En la segunda oración del proyecto de principio 11 se recomiendan medidas destinadas a velar por que una corporación u otra empresa pueda, en determinadas circunstancias, ser considerada responsable si una filial suya ha causado daños al medio ambiente, también en relación con la salud humana, en un conflicto armado o en una situación posterior a un conflicto armado. Más concretamente, esto debería ser posible cuando la filial actúe bajo el control *de facto* de la empresa matriz y en la medida en que lo haga. Para ilustrar la importancia de ese control, cabe remitirse a la causa *Vedanta v. Lungowe*, relativa a la posible responsabilidad civil de la multinacional británica Vedanta Resources por el vertido realizado por una filial suya de sustancias tóxicas en un curso de agua en Zambia, en que el Tribunal Supremo del Reino Unido declaró que todo dependía de la medida y la forma en que la empresa matriz hubiera aprovechado la oportunidad de hacerse cargo de las actividades en cuestión (incluido el uso de la tierra) de la filial, intervenir en ellas, controlarlas, supervisarlas o asesorar sobre su gestión<sup>1139</sup>.

4) El concepto del control *de facto* debe interpretarse de conformidad con los requisitos de cada jurisdicción nacional. Las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales señalan a este respecto que las empresas u otras entidades que forman una empresa multinacional pueden coordinar sus actividades de diversas maneras. “Aunque una o varias de estas entidades puedan ser capaces de ejercer una influencia significativa sobre

<sup>1136</sup> Así como en Islandia, Noruega y Suiza.

<sup>1137</sup> Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Reglamento Roma II), *Diario Oficial de la Unión Europea* L 199, pág. 40, art. 4, párr. 1. Véase también el Convenio relativo a la Competencia Judicial, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil (Lugano, 30 de octubre de 2007), *Diario Oficial de la Unión Europea* L 339, pág. 3.

<sup>1138</sup> Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, principio 17, párr. a).

<sup>1139</sup> *Vedanta Resources PLC and another v Lungowe and others*, sentencia, 10 de abril de 2019, Hilary Term [2019] UKSC 20, en apelación de [2017] EWCA Civ 1528, párr. 49.

las actividades de las demás, su grado de autonomía en el seno de la empresa puede variar ampliamente de una empresa multinacional a otra<sup>1140</sup>.

5) A este respecto, cabe mencionar también causas enjuiciadas en cortes y tribunales nacionales que han permitido aclarar los aspectos pertinentes de la relación entre la empresa matriz y su filial. Por ejemplo, en la causa *Bowoto v. Chevron*<sup>1141</sup>, el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Norte de California prestó especial atención a: a) el nivel y el contenido de la comunicación entre la empresa matriz y la filial; b) el grado en que la empresa matriz determinaba la política, en particular la política de seguridad, de la filial o participaba en la determinación de dicha política; c) los gestores y el personal directivo que la empresa matriz y la filial tenían en común; d) la obtención de ingresos a través de la filial y la contribución de esta al éxito general de las operaciones de la empresa matriz; y e) la medida en que la filial, si actuaba como representante de los demandados, lo hacía dentro del ámbito de su autoridad<sup>1142</sup>. En otra causa<sup>1143</sup>, el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York declaró que una corporación podía ser considerada legalmente responsable de las acciones de otra si la relación empresarial entre la empresa matriz y su filial era suficientemente estrecha<sup>1144</sup>. Entre los factores que permitían determinar si eso era lo que había ocurrido, se citó el incumplimiento de las formalidades empresariales, la mezcla de fondos y el solapamiento de bienes, gestores, directivos y personal<sup>1145</sup>. En la causa *Chandler v. Cape*, el Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales concluyó que, en circunstancias apropiadas, la empresa matriz podía tener un deber de atención en relación con la salud y la seguridad de los empleados de su filial. Tal podía ser el caso, por ejemplo, cuando la actividad de la empresa matriz y la filial era la misma en un aspecto relevante y cuando la empresa matriz tenía, o debía tener, un conocimiento superior de las consideraciones de salud y seguridad pertinentes del sector en cuestión y de las deficiencias del sistema de trabajo de la filial<sup>1146</sup>.

6) La tercera oración del proyecto de principio 11 guarda relación con las oraciones primera y segunda del proyecto de principio. Tiene por objeto recordar que los Estados deben prever procedimientos y medios de reparación adecuados y efectivos para las víctimas de daños ambientales y relacionados con la salud causados por corporaciones u otras empresas o sus filiales en zonas de conflicto armado o en situaciones posteriores a un conflicto armado. Así pues, la oración se refiere a situaciones en las que el Estado de establecimiento puede no estar en condiciones de hacer cumplir su legislación de manera efectiva. A este respecto, cabe remitirse también a la observación general del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que interpreta que la obligación de proteger abarca también los actos ilícitos cometidos por corporaciones en el extranjero, “en especial

<sup>1140</sup> *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales* (nota 1103 *supra*), cap. I, párr. 4, pág. 19.

<sup>1141</sup> *Bowoto v. Chevron Texaco Corp.*, 312 F.Supp.2d 1229 (N.D. Cal. 2004). La causa se refería a la presunta participación de la Chevron-Texaco Corporation en violaciones de los derechos humanos en Nigeria.

<sup>1142</sup> *Ibid.*, pág. 1243.

<sup>1143</sup> *In re South African Apartheid Litigation*, 617 F. Supp.2d 228 (S.D.N.Y. 2009). En esta causa, los demandantes sudafricanos demandaban a Daimler AG y Barclays National Bank Ltd. por ser cómplices y encubridores del Gobierno de Sudáfrica en su política de *apartheid*.

<sup>1144</sup> *Ibid.*, pág. 246.

<sup>1145</sup> *Ibid.*, pág. 251.

<sup>1146</sup> *Chandler v. Cape PLC* [2012] EWCA (Civ) 525 (Inglaterra), párr. 80. También se exigía que la empresa matriz supiera o debiera haber sabido que la filial o sus empleados dependían de ella para su protección. Véase también R. McCorquodale, “Waving not drowning: *Kiobel* outside the United States”, *American Journal of International Law*, vol. 107 (2013), págs. 846 a 851. Véase también *Lubbe and others v. Cape PLC Afrika and others v. Same*, 20 de julio de 2000, 1 Lloyd’s Rep. 139, así como P. Muchlinski, “Corporations in international litigation: problems of jurisdiction and United Kingdom *Asbestos* cases”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 50 (2001), págs. 1 a 25. Véase además *Akpan v. Royal Dutch Shell PLC*, Tribunal de Distrito de La Haya, causa núm. C/09/337050/HA ZA 09-1580 (ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9854), 30 de enero de 2013.



en los casos en que los recursos de que disponen las víctimas ante los tribunales nacionales del Estado en que se ha producido el daño son nulos o ineficaces”<sup>1147</sup>.

7) Cabe recordar que el colapso de las instituciones estatales y locales es una consecuencia habitual de los conflictos armados que suele dificultar enormemente el período posterior a un conflicto, al socavar la observancia de la ley y la protección de los derechos, así como la integridad de la justicia. La importante función que pueden desempeñar los Estados de origen de las corporaciones y otras empresas en esas situaciones se ilustra con una referencia a la causa *Katanga Mining*<sup>1148</sup>, en la que la controversia se refería a unos hechos ocurridos en la República Democrática del Congo. La empresa Katanga Mining Ltd. se había constituido en las Bermudas, tenía domicilio social en el Canadá a efectos fiscales<sup>1149</sup> y realizaba todas sus actividades comerciales efectivas en la República Democrática del Congo<sup>1150</sup>. Además, las partes habían acordado en un contrato anterior que someterían cualquier controversia al Tribunal de Primera Instancia de Kolwezi (República Democrática del Congo). No obstante, el tribunal inglés decidió, en vista de una situación en la que al parecer había tentativas generalizadas y endémicas de injerencia en la integridad de la justicia<sup>1151</sup>, que la República Democrática del Congo no sería un foro apto para juzgar el asunto en interés de todas las partes y en aras de la justicia<sup>1152</sup>.

8) Los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas también han abordado la cuestión en sus observaciones sobre la situación de distintos Estados. El Comité de Derechos Humanos, por ejemplo, ha alentado a un Estado parte a que “establezca claramente la expectativa de que todas las empresas comerciales domiciliadas en su territorio y/o su jurisdicción respetarán la normativa de los derechos humanos de conformidad con el Pacto en todas sus actividades” y a “adoptar las medidas adecuadas para reforzar las vías de recurso habilitadas a fin de proteger a las víctimas de actividades de esas empresas comerciales en el extranjero”<sup>1153</sup>. Del mismo modo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha señalado casos en que los derechos de los pueblos indígenas a la tierra, a la salud, al medio ambiente y a un nivel de vida adecuado se han visto socavados por las actividades de empresas transnacionales. En ese contexto, ha alentado al Estado parte en cuestión a que “se asegure de que no se introduzcan en su legislación obstáculos que impidan hacer valer de forma efectiva la responsabilidad de [las] empresas [transnacionales] en los tribunales del Estado parte cuando las violaciones [del Pacto] sean cometidas fuera de su territorio”<sup>1154</sup>.

9) Cabe también hacer referencia al Documento de Montreux, relativo a las obligaciones que los Estados de origen de empresas militares y de seguridad privadas tienen en virtud del derecho internacional de los derechos humanos<sup>1155</sup>. Para dar efecto a esas obligaciones, los Estados “tienen la obligación de prevenir los casos de conducta

<sup>1147</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales (E/C.12/GC/24), párr. 30. La observación general vincula esas medidas a la obligación de proteger los derechos del Pacto.

<sup>1148</sup> *Alberta Inc. v. Katanga Mining Ltd.* [2008] EWHC 2679 (Comm), 5 de noviembre de 2008 (Tomlinson J.).

<sup>1149</sup> *Ibid.*, párr. 19.

<sup>1150</sup> *Ibid.*, párr. 20.

<sup>1151</sup> *Ibid.*, párr. 34.

<sup>1152</sup> *Ibid.*, párr. 33. Del mismo modo, en la causa *In re Xe Services* en los Estados Unidos, el Tribunal de Distrito desestimó la pretensión de una empresa militar privada de que el Iraq fuera el foro apropiado y sostuvo que no se había demostrado la existencia de un foro alternativo. Véase *In re Xe Services Alien Tort Litigation*, 665 F Supp 2d 569 (ED Va 2009).

<sup>1153</sup> Comité de Derechos Humanos, observaciones finales sobre el informe de Alemania (CCPR/C/DEU/CO/6), párr. 16.

<sup>1154</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, observaciones finales sobre el informe del Reino Unido (CERD/C/GBR/CO/18-20), párr. 29.

<sup>1155</sup> “Documento de Montreux sobre las Obligaciones Jurídicas Internacionales Pertinentes y las Buenas Prácticas de los Estados en lo que Respecta a las Operaciones de las Empresas Militares y de Seguridad Privadas Durante los Conflictos Armados” (Montreux, CICR, 2008). Cincuenta y cuatro Estados suscriben el Documento de Montreux, y la Unión Europea lo hizo suyo el 27 de julio de 2012.

indebida de las [empresas militares y de seguridad privadas] y su personal, y, si procede, llevar a cabo las investigaciones oportunas y garantizar recursos efectivos contra esa conducta”<sup>1156</sup>.

10) El término “víctimas” se refiere a las personas cuya salud o medios de subsistencia se han visto perjudicados por los daños ambientales mencionados en el proyecto de principio 11. Los daños ambientales también pueden afectar a otros derechos humanos, como el derecho a la vida y el derecho a la alimentación<sup>1157</sup>. La expresión “en particular para las víctimas” indica, en primer lugar, que las víctimas de los daños ambientales deben tener a su disposición medios de reparación adecuados y efectivos. En segundo lugar, la expresión reconoce que esos medios de reparación también pueden estar a disposición de otros destinatarios dependiendo de la legislación nacional. Así puede ocurrir en un litigio de interés público entablado por grupos de personas o asociaciones de protección del medio ambiente que no pueden alegar una vulneración de sus derechos o intereses individuales<sup>1158</sup>. Además, los daños ambientales también pueden dar lugar a demandas civiles en las que normalmente no se emplearía el término “víctima”.

11) Las palabras “procedimientos y medios de reparación adecuados y efectivos” son de carácter general y, junto con la expresión “en su caso”, conceden a los Estados cierta flexibilidad a la hora de aplicar esta disposición a nivel nacional.

12) El proyecto de principio 11 se ha ubicado en la segunda parte como disposición de aplicación general por los mismos motivos que el proyecto de principio 10.

### Tercera parte

#### Principios aplicables durante un conflicto armado

#### Principio 12

#### Cláusula de Martens con respecto a la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados

En los casos no contemplados por acuerdos internacionales, el medio ambiente quedará bajo la protección y el gobierno de los principios del derecho internacional derivados de la costumbre establecida, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública.

<sup>1156</sup> *Ibid.*, párr. 15. Véase también Departamento Federal de Asuntos Exteriores de Suiza y Centro de Ginebra para el Control Democrático de las Fuerzas Armadas (DCAF), “Guía Legislativa para Estados sobre la Regulación de las Empresas Militares y de Seguridad Privadas” (Ginebra, 2016), que también contiene ejemplos de mejores prácticas y puede consultarse en [https://www.dcaf.ch/sites/default/files/publications/documents/Legislative-Guidance-Tool-ES\\_0.pdf](https://www.dcaf.ch/sites/default/files/publications/documents/Legislative-Guidance-Tool-ES_0.pdf) (consulta realizada el 8 de julio de 2019). En lo que respecta a la legislación nacional, véase también el estudio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), que puede consultarse en <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Mercenaries/WGMercenaries/Pages/NationalLegislationStudies.aspx> (consulta realizada el 8 de julio de 2019). Véase también *Al-Quraishi et al. v. Nahkla and L-3 Services*, 728 F Supp 2d 702 (D Md 2010), págs. 35 a 37, 29 de julio de 2010. Tras años de litigio, en 2012 se llegó a un acuerdo en esta causa.

<sup>1157</sup> Véanse las notas 1304 y 1306 *infra*.

<sup>1158</sup> Véase L. Rajamani, “Public interest environmental litigation in India: exploring issues of access, participation, equity, effectiveness and sustainability”, *Journal of Environmental Law*, vol. 19 (2007), págs. 293 a 321. Puede consultarse en [www.researchgate.net/publication/316876795\\_Public\\_Interest\\_Environmental\\_Litigation\\_in\\_India\\_Exploring\\_Issues\\_of\\_Access\\_Participation\\_Equity\\_Effectiveness\\_and\\_Sustainability](http://www.researchgate.net/publication/316876795_Public_Interest_Environmental_Litigation_in_India_Exploring_Issues_of_Access_Participation_Equity_Effectiveness_and_Sustainability) (consulta realizada el 8 de julio de 2019). Véase también India Environmental Portal, Public Interest Litigation, en [www.indiaenvironmentportal.org.in/category/1255/thesaurus/public-interest-litigation-pil](http://www.indiaenvironmentportal.org.in/category/1255/thesaurus/public-interest-litigation-pil) (consulta realizada el 8 de julio de 2019). Véase también la Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales (Convención de Aarhus) (Aarhus (Dinamarca), 25 de junio de 1998), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2161, núm. 37770, pág. 447, art. 6, así como la Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CE del Consejo.

## Comentario

1) El proyecto de principio 12 se inspira en la cláusula de Martens, que apareció por primera vez en el preámbulo de la Convención II de La Haya relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, de 1899<sup>1159</sup>, y se ha reafirmado en varios tratados posteriores<sup>1160</sup>. Fundamentalmente, la cláusula de Martens establece que, incluso en los casos que no se rigen por acuerdos internacionales específicos, la población civil y los combatientes permanecen bajo la protección y el gobierno de los principios del derecho internacional que se derivan de la costumbre establecida, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública<sup>1161</sup>. La Corte Internacional de Justicia ha sostenido que la cláusula forma parte del derecho internacional consuetudinario<sup>1162</sup>. Si bien se concibió inicialmente en el contexto de la ocupación beligerante, la cláusula tiene en la actualidad una aplicación más amplia, que abarca todos los aspectos del derecho de los conflictos armados<sup>1163</sup>.

2) Por lo general, se considera que la cláusula de Martens sirve para ofrecer una protección subsidiaria en los casos en los que no se puede aplicar una norma específica<sup>1164</sup>. La Corte Internacional de Justicia hizo referencia a la cláusula de Martens en su opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares* para reforzar el argumento sobre la aplicabilidad del derecho internacional humanitario a la amenaza o el empleo de armas nucleares<sup>1165</sup>. Del mismo modo, en el comentario del CICR al Convenio de Ginebra I se indica, señalando que se trata de un aspecto dinámico de la cláusula, que esta confirma la aplicación de los principios y normas del derecho humanitario a las nuevas situaciones o a los avances de la tecnología, también cuando estos no están previstos en el derecho convencional, o al menos no de manera específica<sup>1166</sup>. La cláusula impide así que

<sup>1159</sup> Convención II relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre (La Haya, 29 de julio de 1899), J. B. Scott (ed.), *The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907* (véase la nota 1086 *supra*). La cláusula de Martens de 1899 reza así: “En espera de que un Código más completo de las leyes de la guerra pueda ser dictado, las Altas Partes contratantes juzgan oportuno hacer constar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre Naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”. Véase un panorama general en el memorando de la Secretaría sobre el efecto de los conflictos armados en los tratados: examen de la práctica y de la doctrina, (A/CN.4/550), párrs. 140 a 142.

<sup>1160</sup> Véanse el Convenio de Ginebra I, art. 63; el Convenio de Ginebra II, art. 62; el Convenio de Ginebra III, art. 142; y el Convenio de Ginebra IV, art. 158. Protocolo adicional I, art. 1, párr. 2, y Protocolo adicional II, cuarto párrafo del preámbulo. Véase también la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados (Ginebra, 10 de octubre de 1980), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1342, núm. 22495, pág. 137, quinto párrafo del preámbulo.

<sup>1161</sup> Protocolo adicional I, art. 1, párr. 2.

<sup>1162</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1996*, pág. 226, párr. 84.

<sup>1163</sup> T. Meron, “The Martens Clause, principles of humanity, and dictates of public conscience”, *American Journal of International Law*, vol. 94 (2000), págs. 78 a 89, en especial pág. 87.

<sup>1164</sup> Párr. 3) del comentario al art. 29 de los artículos sobre el derecho del uso de las vías de agua internacionales con fines distintos de la navegación, con sus comentarios, y resolución sobre las aguas subterráneas confinadas transfronterizas, *Anuario...*, 1994, vol. II (segunda parte), pág. 140; párr. 3) del comentario al artículo 18 de los artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos, *Anuario...*, 2008, vol. II (segunda parte), párrs. 53 y 54, pág. 49: “La ‘cláusula de Martens’ otorga algunas protecciones fundamentales en los casos en los que no se puede aplicar una norma específica”.

<sup>1165</sup> “Por último, la Corte hace referencia a la cláusula de Martens, cuya existencia y aplicabilidad ininterrumpidas no se deben poner en duda, como afirmación de que los principios y normas del derecho humanitario se aplican a las armas nucleares”, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (véase la nota 1162 *supra*), párr. 87.

<sup>1166</sup> Comentario del CICR (2016) al Convenio de Ginebra I, art. 63, párr. 3298. Véase también C. Greenwood, “Historical developments and legal basis”, en D. Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law* (Oxford, Oxford University Press, 2008), págs. 33 y 34, en especial pág. 34, donde se afirma que, como siguen desarrollándose armas y sistemas de lanzamiento nuevos

se consideren permisibles todos los medios o métodos de guerra que no estén expresamente prohibidos por los tratados pertinentes<sup>1167</sup> o, en términos más generales, que se considere que los actos de guerra no expresamente previstos en el derecho convencional, el derecho internacional consuetudinario o los principios generales del derecho son lícitos *ipso facto*<sup>1168</sup>.

3) Por lo demás, no obstante, hay divergencia de opiniones sobre las consecuencias jurídicas de la cláusula de Martens. Se ha considerado que constituye un recordatorio de la función del derecho internacional consuetudinario cuando no existen normas de derecho convencional aplicables, y de la constante vigencia del derecho consuetudinario junto al derecho convencional<sup>1169</sup>. También se ha considerado que la cláusula de Martens proporciona una orientación interpretativa adicional cuando la normativa jurídica establecida por un tratado o una norma consuetudinaria es dudosa, incierta o poco clara<sup>1170</sup>. Otra interpretación vincula la cláusula de Martens a un método de identificación del derecho internacional consuetudinario en el que se da especial importancia a la *opinio iuris*<sup>1171</sup>. La inclusión de este principio en el proyecto de principios no significa ni implica que la Comisión esté adoptando una posición sobre las diversas interpretaciones relativas a las consecuencias jurídicas de la cláusula de Martens.

4) El proyecto de principio 12 se titula “Cláusula de Martens con respecto a la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados”. El título pone de relieve el enfoque ambiental del proyecto de principio, que tiene por objeto proporcionar una protección subsidiaria al medio ambiente en relación con los conflictos armados.

5) No es la primera vez que la cláusula de Martens se invoca en el contexto de la protección del medio ambiente en los conflictos armados<sup>1172</sup>. Las Directrices del CICR sobre la Protección del Medio Ambiente en Tiempo de Conflicto Armado, de 1994, contienen una disposición que dice lo siguiente: “En los casos no contemplados por las normas de acuerdos internacionales, el medio ambiente queda bajo la protección y el imperio de los principios de derecho internacional derivados de los usos establecidos, de los

---

que incorporan tecnología robótica e informática cada vez más sofisticada, la venerable cláusula de Martens garantizará que la tecnología no sobrepase al derecho.

<sup>1167</sup> Comentario del CICR (1987) al Protocolo adicional I, art. 1, párr. 2, párr. 55; comentario del CICR (2016) al Convenio de Ginebra I, párr. 3297.

<sup>1168</sup> Según el Manual Militar de Alemania, el hecho de que un acto de guerra no esté expresamente prohibido por los acuerdos internacionales o el derecho consuetudinario no significa necesariamente que sea efectivamente permisible. Véase Ministerio de Defensa Federal, *Humanitarian Law in Armed Conflicts – Manual*, párr. 129 (ZDv 15/2, 1992).

<sup>1169</sup> Greenwood, “Historical developments and legal basis” (nota 1166 *supra*), pág. 34. Véase también el comentario del CICR (2016) al Convenio de Ginebra I, art. 63, párr. 3296, donde se considera que ese es el contenido mínimo de la cláusula.

<sup>1170</sup> A. Cassese, “The Martens Clause: half a loaf or simply pie in the sky?” *European Journal of International Law*, vol. 11 (2000), págs. 187 a 216, en especial págs. 212 y 213; G. Distefano y E. Henry, “Final provisions, including the Martens Clause”, en A. Clapham, P. Gaeta y M. Sassòli (eds.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary* (Oxford, Oxford University Press, 2015), págs. 155 a 188, en especial págs. 185 y 186. Véase también *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, causa núm. IT-95-16-T, fallo, 14 de enero de 2000, párrs. 525 y 527.

<sup>1171</sup> Cassese, “The Martens Clause: half a loaf or simply pie in the sky?” (véase la nota anterior), pág. 214; Meron, “The Martens Clause, principles of humanity, and dictates of public conscience” (nota 1163 *supra*), pág. 88.

<sup>1172</sup> Véase P. Sands y otros, *Principles of International Environmental Law*, 4ª ed. (Cambridge, Cambridge University Press, 2018), pág. 832, donde se afirma que, en el derecho internacional moderno, no hay razón para que los dictados de la conciencia pública no se apliquen a la protección del medio ambiente. Asimismo, M. Bothe y otros, “International law protecting the environment during armed conflict: gaps and opportunities”, *International Review of the Red Cross*, vol. 92 (2010), págs. 569 a 592, en especial págs. 588 y 589; Droegge y Tougas, “The protection of the natural environment in armed conflict: existing rules and need for further legal protection” (nota 998 *supra*), págs. 39 y 40; M. Tignino, “Water during and after armed conflicts: what protection in international law?”, *Brill Research Perspectives in International Water Law*, vol. 1.4 (2016), págs. 1 a 111, en especial págs. 26, 28 y 41.

principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública”<sup>1173</sup>. En 1994, la Asamblea General invitó a todos los Estados a que difundieran ampliamente las directrices revisadas y “examin[aran] debidamente la posibilidad de incorporarlas en sus manuales militares y otras instrucciones dirigidas a su personal militar”<sup>1174</sup>. Además, en su segundo Congreso Mundial, celebrado en el año 2000, la UICN instó a los Estados Miembros de las Naciones Unidas a que hicieran suya la siguiente norma:

Hasta tanto no se haya adoptado un código internacional más completo de protección ambiental, en casos no cubiertos por los acuerdos y la normativa internacional, la biosfera y todos sus componentes y procesos se encuentran bajo la salvaguardia y autoridad de los principios del derecho internacional derivados de los usos establecidos, los dictados de la conciencia pública, y los principios y valores fundamentales de la humanidad, actuando como custodios por las generaciones presentes y futuras<sup>1175</sup>.

La recomendación se aprobó por consenso<sup>1176</sup> y estaba destinada a aplicarse tanto en tiempo de paz como durante los conflictos armados<sup>1177</sup>.

6) El presente proyecto de principio se inspira en el texto de la cláusula de Martens que figura en el Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra (art. 1, párr. 2), que establece lo siguiente: “En los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública”. La Comisión convino en que la referencia a “los dictados de la conciencia pública” en particular, como noción general que no se limitaba intrínsecamente a un sentido específico, justificaba la aplicación de la cláusula de Martens al medio ambiente. A este respecto, cabe mencionar la importancia, generalmente reconocida, de la protección del medio ambiente, así como el auge y la consolidación del derecho internacional del medio ambiente. Más concretamente, la consideración del impacto ambiental de los conflictos ha evolucionado considerablemente desde la aprobación de los tratados que codifican el derecho de los conflictos armados.

7) Otro componente esencial de la cláusula de Martens, la referencia a “los principios de humanidad”, muestra una relación más indirecta con la protección del medio ambiente. Incluso se ha preguntado si el medio ambiente puede permanecer bajo la protección de “los principios de humanidad”, ya que la función de tales principios es servir específicamente a los seres humanos. Esa referencia se mantuvo, dado que las preocupaciones humanitarias y ambientales no son mutuamente excluyentes, como había señalado la Corte Internacional de Justicia: “el medio ambiente no es una abstracción, sino el espacio donde viven los seres humanos y del que depende su calidad de vida y su salud, también para las generaciones venideras”<sup>1178</sup>. El vínculo intrínseco entre la supervivencia de las personas y el medio ambiente en el que viven también se ha reconocido en otras declaraciones autorizadas<sup>1179</sup>. Asimismo, las definiciones modernas del medio ambiente como objeto de protección no

<sup>1173</sup> CICR, Directrices sobre la Protección del Medio Ambiente en Tiempo de Conflicto Armado para Manuales y Programas de Instrucción Militares (nota 973 *supra*), directriz 7.

<sup>1174</sup> Resolución 49/50 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1994, párr. 11.

<sup>1175</sup> Congreso Mundial de la Naturaleza, resolución 2.97, titulada “Una Cláusula Marten para la protección ambiental” (Ammán, 4 a 11 de octubre de 2000).

<sup>1176</sup> Los Estados Unidos y las agencias estadounidenses miembros de la UICN no se sumaron al consenso.

<sup>1177</sup> D. Shelton y A. Kiss, “Martens Clause for environmental protection”, *Environmental Policy and Law*, vol. 30 (2000), págs. 285 y 286, en especial pág. 286.

<sup>1178</sup> Véase *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (nota 1162 *supra*), pág. 241, párr. 29.

<sup>1179</sup> La Carta Mundial de la Naturaleza establece que “[l]a especie humana es parte de la naturaleza y la vida depende del funcionamiento ininterrumpido de los sistemas naturales”. Resolución 37/7 de la Asamblea General, de 28 de octubre de 1982, anexo, preámbulo. El Relator Especial sobre los derechos humanos y el medio ambiente ha vinculado además la dignidad humana al medio ambiente como un “estándar mínimo de dignidad humana”: “Sin un medio ambiente saludable, no podemos satisfacer nuestras aspiraciones ni vivir a la altura de los estándares mínimos de dignidad humana”. Véase ACNUDH, “Introducción”, que puede consultarse en [www.ohchr.org/SP/Issues/Environment/SREnvironment/Pages/SREnvironmentIndex.aspx](http://www.ohchr.org/SP/Issues/Environment/SREnvironment/Pages/SREnvironmentIndex.aspx) (consulta realizada el 8 de julio de 2019).

establecen una línea divisoria estricta entre el medio ambiente y las actividades humanas, sino que se promueven definiciones que incluyan componentes de ambas cosas<sup>1180</sup>. Además, se ha considerado que era adecuado mantener esa noción para proteger la integridad de la cláusula de Martens. Por otra parte, la expresión “principios de humanidad” puede entenderse como una referencia más general a las normas humanitarias que se encuentran no solo en el derecho internacional humanitario, sino también en el derecho internacional de los derechos humanos<sup>1181</sup>, que ofrece una importante protección al medio ambiente<sup>1182</sup>.

8) En la versión propuesta inicialmente por la Relatora Especial, el proyecto de principio incluía una referencia a “las generaciones presentes y futuras”. Finalmente, se optó por no mantener esa referencia para ajustarse al máximo a la formulación establecida de la cláusula de Martens. También se dijo que cabía considerar que la expresión “conciencia pública” abarcaba el concepto de equidad intergeneracional como parte importante del fundamento ético del derecho internacional del medio ambiente.

9) El proyecto de principio 12 se ha ubicado en la tercera parte, que contiene proyectos de principio aplicables durante un conflicto armado. También es de aplicación en situaciones de ocupación.

### **Principio 13**

#### **Protección general del medio ambiente natural durante un conflicto armado**

1. El medio ambiente natural se respetará y protegerá de conformidad con el derecho internacional aplicable y, en particular, el derecho de los conflictos armados.

2. Se velará por la protección del medio ambiente natural contra los daños vastos, duraderos y graves.

3. Ninguna parte del medio ambiente natural podrá ser atacada, a menos que se haya convertido en un objetivo militar.

<sup>1180</sup> Véase Sands, *Principles of International Environmental Law* (nota 1172 *supra*), pág. 14, donde se afirma que el concepto de medio ambiente abarca tanto las características y los productos del mundo natural como los de la civilización humana. Véase también C. R. Payne, “Defining the environment: environmental integrity”, en C. Stahn, J. Iverson y J. Easterday (eds.), *Environmental Protection and Transitions from Conflict to Peace: Clarifying Norms, Principles, and Practices* (Oxford, Oxford University Press, 2017), págs. 40 a 70, en especial pág. 69, donde se pide un estudio de las actividades humanas y el medio ambiente como sistema interactivo, sin centrarse exclusivamente en un elemento.

<sup>1181</sup> Cassese, “The Martens Clause: half a loaf or simply pie in the sky?” (nota 1170 *supra*), pág. 212, habla de “normas generales de humanidad” derivadas de las normas internacionales de derechos humanos. Además, los principios de humanidad pueden equipararse a las “consideraciones elementales de humanidad” que, según la Corte Internacional de Justicia, son “aún más exigibles en tiempo de paz que en tiempo de guerra”. Véase *Corfu Channel*, fallo de 9 de abril de 1949, *I.C.J. Reports 1949*, págs. 4 y ss., en especial pág. 22. Véase también P.-M. Dupuy, “Les ‘considérations élémentaires d’humanité’ dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice”, en L.-A. Sicilianos y R.-J. Dupuy (eds.), *Mélanges en l’honneur de Nicolas Valticos: Droit et justice* (París, Pedone, 1998), págs. 117 a 130.

<sup>1182</sup> Varias cortes y tribunales han reconocido explícitamente la interdependencia entre los seres humanos y el medio ambiente al afirmar que los daños ambientales afectan al derecho a la vida. *Socio-Economic Rights and Accountability Project (SERAP) v. Nigeria*, sentencia núm. ECW/CCJ/JUD/18/12, Tribunal de Justicia de la Comunidad, Comunidad Económica de los Estados de África Occidental, 14 de diciembre de 2012; *Öneryildiz v. Turkey*, demanda núm. 48939/99, sentencia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 30 de noviembre de 2004, ECHR 2004-XII, párr. 71. En la última resolución en que se hizo, la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre *Medio Ambiente y Derechos Humanos*, se estableció que existe una relación inalienable entre los derechos humanos y la protección del medio ambiente. Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva núm. OC 23-17, *Medio Ambiente y Derechos Humanos*, 15 de noviembre de 2017, Serie A, núm. 23. Véase también la resolución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Yanomami Vs. Brasil*, resolución núm. 12/85, caso núm. 7615, 5 de marzo de 1985.



## Comentario

1) El proyecto de principio 13 consta de tres párrafos que prevén en general la protección del medio ambiente —natural— durante un conflicto armado. Enuncia la obligación de respetar y proteger el medio ambiente —natural—, el deber de vigilancia y la prohibición de los ataques contra cualquier parte del medio ambiente, a menos que se haya convertido en un objetivo militar.

2) El párrafo 1 establece la regla general según la cual, en el contexto de un conflicto armado, el medio ambiente natural se respetará y protegerá de conformidad con el derecho internacional aplicable y, en particular, el derecho de los conflictos armados.

3) Los términos “respetará” y “protegerá” se consideraron adecuados para su inclusión en este proyecto de principio porque se han utilizado en varios instrumentos relativos al derecho de los conflictos armados, el derecho internacional del medio ambiente y el derecho internacional de los derechos humanos<sup>1183</sup>. La Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, estimó que el “respeto del medio ambiente es uno de los elementos que permiten juzgar si una acción es conforme al principio de necesidad” y que los Estados deben “tener en cuenta las consideraciones ambientales al determinar lo que es necesario y proporcionado para la consecución de objetivos militares legítimos”<sup>1184</sup>.

4) En lo que concierne al empleo de la expresión “derecho de los conflictos armados”, cabe destacar que tradicionalmente se ha hecho una distinción entre las expresiones “derecho de los conflictos armados” y “derecho internacional humanitario”<sup>1185</sup>. Se podría considerar que, en sentido estricto, el derecho internacional humanitario se refiere solo a la parte del derecho de los conflictos armados que tiene por objeto proteger a las víctimas de un conflicto armado, mientras que el derecho de los conflictos armados puede considerarse más bien como una expresión que abarca la protección de las víctimas de los conflictos armados y la regulación de los medios y los métodos de guerra<sup>1186</sup>. Ambas expresiones son consideradas a menudo como sinónimas en derecho internacional<sup>1187</sup>. No obstante, se optó por la expresión “derecho de los conflictos armados” debido a su sentido más amplio y para velar por la coherencia con la labor anterior de la Comisión acerca del proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, en relación con la cual se señaló que el derecho de los conflictos armados incluía también el derecho relativo a la ocupación y el derecho relativo a la neutralidad<sup>1188</sup>. Se debe poner de relieve la relación entre el presente tema y el tema de los efectos de los conflictos armados en los tratados.

<sup>1183</sup> Un número considerable de instrumentos del derecho de los conflictos armados, el derecho del medio ambiente y el derecho de los derechos humanos contienen los términos “respetar” y “proteger”. Los de mayor relevancia son la Carta Mundial de la Naturaleza, la resolución 37/7 de la Asamblea General, de 28 de octubre de 1982, en particular el preámbulo y el principio 1, y el Protocolo adicional I, art. 48, párr. 1, que dispone que se garantice el respeto y la protección de los bienes de carácter civil. Véanse asimismo, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1964), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 999, pág. 171, art. 2; el Protocolo adicional I, art. 55, y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Declaración de Río), *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992, vol. I, Resoluciones aprobadas en la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.93.I.8 y correcciones), resolución 1, anexo I, principio 10.

<sup>1184</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (nota 1162 *supra*), párr. 30. Véase también *ibid.*, pág. 253, párr. 63.

<sup>1185</sup> Véase una exposición de los aspectos semánticos en Y. Dinstein (ed.), *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 2ª ed. (Cambridge, Cambridge University Press, 2010), en especial párrs. 35 a 37 y 41 a 43.

<sup>1186</sup> Véase, por ejemplo, R. Kolb y R. Hyde, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts* (Oxford, Hart, 2008), págs. 16 y 17.

<sup>1187</sup> *Ibid.*

<sup>1188</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/66/10)*, comentario al artículo 2, pág. 195.

5) En cuanto a la expresión “derecho internacional aplicable”, hay que tener en cuenta que el derecho de los conflictos armados es una *lex specialis* en tiempo de conflicto armado, pero que otras normas de derecho internacional relativas a la protección ambiental, como el derecho internacional del medio ambiente y el derecho internacional de los derechos humanos, siguen siendo pertinentes<sup>1189</sup>. Así pues, el párrafo 1 del proyecto de principio 13 guarda relación con las tres fases (antes y después de un conflicto armado y durante el mismo) en la medida en que el derecho de los conflictos armados es aplicable. Este párrafo pone de relieve que el proyecto de principios tiene por objeto mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados en general basándose en las referencias a la protección del medio ambiente que existen en el derecho de los conflictos armados junto con otras normas de derecho internacional.

6) El párrafo 2 se inspira en el artículo 55 del Protocolo adicional I, que establece a regla de que ha de velarse por la protección del medio ambiente contra los daños vastos, duraderos y graves en los conflictos armados internacionales<sup>1190</sup>. La expresión “se velará por” debe interpretarse en el sentido de que las partes en un conflicto armado están obligadas a mantenerse vigilantes respecto del posible impacto que puedan producir las actividades militares en el medio ambiente natural<sup>1191</sup>.

7) De manera similar al artículo 55, el proyecto de principio 13 utiliza la conjunción copulativa “y”, lo que indica un triple criterio acumulativo. No obstante, el proyecto de principio 13 difiere del artículo 55 en cuanto a su aplicabilidad y generalidad. En primer lugar, el proyecto de principio 13 no establece una distinción entre conflictos armados internacionales y no internacionales, en el entendimiento de que el proyecto de principios está destinado a aplicarse a todos los conflictos armados<sup>1192</sup>. Ello incluye los conflictos armados internacionales, entendidos en el sentido tradicional de conflictos armados entre dos o más Estados y conflictos armados en los que un pueblo lucha contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra regímenes racistas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, así como los conflictos armados no internacionales, que enfrentan a un Estado y a uno o varios grupos armados organizados o a tales grupos armados organizados entre ellos en el territorio de un Estado<sup>1193</sup>.

8) Los términos “vastos”, “duraderos” y “graves” no están definidos en el Protocolo adicional I. Esos mismos términos se utilizan en la Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles<sup>1194</sup>.

<sup>1189</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (véase la nota 1162 *supra*), págs. 240 a 242, párrs. 25 y 27 a 30.

<sup>1190</sup> El artículo 55 (Protección del medio ambiente natural) dice así:

“1. En la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves. Esta protección incluye la prohibición de emplear métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen tales daños al medio ambiente natural, comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población.

2. Quedan prohibidos los ataques contra el medio ambiente natural como represalias.”

<sup>1191</sup> Pilloud y Pictet, “Artículo 55: Protección del medio ambiente natural” (véase la nota 999 *supra*), pág. 926, párr. 2133. Véase también K. Hulme, “Taking care to protect the environment against damage: a meaningless obligation?”, en *International Review of the Red Cross*, vol. 92 (2010) págs. 675 a 691.

<sup>1192</sup> Véase A/CN.4/674, párrs. 69 a 78.

<sup>1193</sup> Convenio de Ginebra I; Convenio de Ginebra II; Convenio de Ginebra III; Convenio de Ginebra IV, arts. 2 y 3 comunes; Protocolo adicional I, art. 1; y Protocolo adicional II, art. 1.

<sup>1194</sup> Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles (Nueva York, 10 de diciembre de 1976), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1108, núm. 17119, pág. 151, art. 2. En el entendimiento acerca del artículo I de la Convención se indica la siguiente interpretación de los términos “difundidos” [vastos], “duraderos” y “graves”:  
 “‘difundidos’ [vastos]: que abarcan una región de varios centenares de kilómetros cuadrados”;  
 “‘duraderos’: que duran un período de meses o, aproximadamente, una estación del año”;  
 “‘graves’: que entrañan un grave o importante perjuicio o perturbación para la vida humana, los recursos naturales y económicos y otros aspectos del patrimonio” (*Informe de la Conferencia del Comité de*



Ahora bien, la Convención no contiene el triple requisito acumulativo que establece el Protocolo adicional I, puesto que utiliza la conjunción disyuntiva “o” en vez de la copulativa “y”, y el contexto de la Convención es mucho más restringido que el del Protocolo adicional I.

9) En segundo lugar, el proyecto de principio 13 se distingue del artículo 55 del Protocolo adicional I en que tiene un carácter más general. A diferencia del artículo 55, el proyecto de principio 13 no prohíbe explícitamente el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen daños al medio ambiente natural, comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población. Debe tenerse presente el temor de que esa exclusión pudiera debilitar el texto del proyecto de principios, habida cuenta del carácter general del proyecto de principios. El párrafo 2 se debe leer conjuntamente con el proyecto de principio 14, que se ocupa de la aplicación de los principios y normas del derecho de los conflictos armados al medio ambiente natural con objeto de proteger el medio ambiente.

10) El párrafo 3 del proyecto de principio 13 se basa en la regla fundamental de que hay que distinguir entre objetivos militares y bienes de carácter civil<sup>1195</sup>. Subraya el carácter inherentemente civil del medio ambiente natural. El párrafo 3 del proyecto de principio 13 puede vincularse al artículo 52, párrafo 2, del Protocolo adicional I, que define la expresión “objetivo militar” como:

... [A]quellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida<sup>1196</sup>.

La expresión “bienes de carácter civil” se define como “todos los bienes que no son objetivos militares”<sup>1197</sup>. A tenor del derecho de los conflictos armados, los ataques solo pueden dirigirse contra objetivos militares y no contra bienes de carácter civil<sup>1198</sup>. Existen varios instrumentos vinculantes y no vinculantes que indican que esta norma es aplicable a partes del medio ambiente natural<sup>1199</sup>.

---

*Desarme, Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 27 (A/31/27), vol. I, págs. 96 y 97).*

<sup>1195</sup> Véase, en general, Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario...* (nota 969 *supra*), norma 7 y norma 43, págs. 29 a 33 y 159.

<sup>1196</sup> Protocolo adicional I, art. 52, párr. 2. En los protocolos de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales que se indican a continuación figura una definición similar: Protocolo II sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos, que figura en un anexo de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales (Ginebra, 10 de octubre de 1980) (Protocolo II de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1342, núm. 22495, págs. 137 y ss., en especial pág. 168; Protocolo II enmendado a la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales y Protocolo III sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Armas Incendiarias, que figura en un anexo de la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados (Protocolo III de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales), *ibid.*, vol. 1342, núm. 22495, pág. 171, así como Segundo Protocolo de 1999.

<sup>1197</sup> Véase el artículo 52, párrafo 1, del Protocolo adicional I, así como el artículo 2, párrafo 5, del Protocolo II de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales, el artículo 2, párrafo 7, del Protocolo II enmendado de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales y el artículo 1, párrafo 4, del Protocolo III de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales.

<sup>1198</sup> Véase, en general, Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario...* (nota 969 *supra*), norma 7, págs. 29 a 33. El principio de distinción está codificado, en particular, en los artículos 48 y 52, párrafo 2, del Protocolo adicional I, así como en el Protocolo II enmendado y el Protocolo III de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales. Está reconocido como norma de derecho internacional humanitario consuetudinario en los conflictos armados internacionales y no internacionales.

<sup>1199</sup> Entre otros, se han mencionado los siguientes instrumentos: el artículo 2, párrafo 4, del Protocolo III de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales, las Directrices sobre la Protección del Medio Ambiente en Tiempo de Conflicto Armado, la Declaración final de la Conferencia Internacional para la Protección de las Víctimas de la Guerra, las resoluciones 49/50 y 51/157, anexo, de la Asamblea General, los manuales militares de Australia y los Estados Unidos y la legislación nacional de

11) El párrafo 3, no obstante, está condicionado temporalmente por las palabras “se haya convertido en”, que ponen de relieve que esta norma no tiene carácter absoluto: el medio ambiente puede convertirse en un objetivo militar en ciertos casos y, así, puede ser lícitamente objeto de ataques<sup>1200</sup>.

12) El párrafo 3 se basa en el primer párrafo de la norma 43 del estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario. No obstante, las demás partes de la norma 43 no se incluyeron en su enunciado actual, lo que suscitó cierta inquietud. A este respecto, es útil reiterar que el proyecto de principios tiene carácter general. Así pues, tanto el párrafo 2 como el párrafo 3 han de leerse conjuntamente con el proyecto de principio 14, que se refiere explícitamente a la aplicación de los principios y normas del derecho de los conflictos armados sobre distinción, proporcionalidad, necesidad militar y precauciones en el ataque.

13) El proyecto de principio 13 establece un equilibrio: crear principios rectores para la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados sin volver a formular principios y normas ya reconocidos por el derecho de los conflictos armados.

### **Principio 14**

#### **Aplicación del derecho de los conflictos armados al medio ambiente natural**

El derecho de los conflictos armados, incluidos los principios y normas sobre distinción, proporcionalidad, necesidad militar y precauciones en el ataque, será de aplicación al medio ambiente natural con miras a su protección.

### **Comentario**

1) El proyecto de principio 14 lleva por título “Aplicación del derecho de los conflictos armados al medio ambiente natural” y trata de la aplicación de los principios y normas del derecho de los conflictos armados al medio ambiente natural con miras a su protección. Se ubica en la segunda parte del proyecto de principios, lo que indica que está destinado a aplicarse durante un conflicto armado. El objetivo general del proyecto de principio es reforzar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, no reafirmar el derecho de los conflictos armados.

2) Se optó por las palabras “derecho de los conflictos armados” en lugar de “derecho internacional humanitario” por las mismas razones que se exponen en el comentario al proyecto de principio 13. Ello también pone de relieve que el proyecto de principio 14 se refiere exclusivamente al derecho de los conflictos armados como *lex specialis*, y no a otras ramas del derecho internacional.

3) El proyecto de principio 14 enumera algunos principios y normas específicos del derecho de los conflictos armados, a saber, los principios y normas de distinción, proporcionalidad, necesidad militar y precauciones en el ataque<sup>1201</sup>. El proyecto de principio mismo es de naturaleza general y no detalla cómo se deben interpretar estos principios y

Nicaragua y España. Véase Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario...* (nota 969 *supra*), norma 43, págs. 159 y 160.

<sup>1200</sup> Véanse, por ejemplo, M. Bothe y otros, “International law protecting the environment during armed conflict: gaps and opportunities” (nota 1172 *supra*), pág. 576; R. Rayfuse, “Rethinking international law and the protection of the environment in relation to armed conflict”, en *War and the Environment: New Approaches to Protecting the Environment in Relation to Armed Conflict*, R. Rayfuse (ed.) (Leiden, Brill Nijhoff, 2015), pág. 6; véanse también C. Droegge y M.-L. Tougas, “The protection of the natural environment in armed conflict...” (nota 998 *supra*), págs. 17 a 19; D. Fleck, “The protection of the environment in armed conflict: legal obligations in the absence of specific rules”, *ibid.*, págs. 47 a 52; E. Koppe, “The principle of ambiguity and the prohibition against excessive collateral damage to the environment during armed conflict”, *ibid.*, págs. 76 a 82; y M. Bothe, “The ethics, principles and objectives of protection of the environment in times of armed conflict”, *ibid.*, pág. 99.

<sup>1201</sup> La mención de la norma de la necesidad militar en lugar del principio de necesidad refleja el parecer de algunos Estados de que la necesidad militar no constituye una exención general, sino que tiene que fundamentarse en la disposición de un tratado internacional.

normas consolidados en el derecho de los conflictos armados. Se incluyen explícitamente en el proyecto de principio 14 porque han sido considerados los principios y normas más pertinentes en materia de protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados<sup>1202</sup>. No obstante, esta mención no debe interpretarse en el sentido de que conforman una lista cerrada, puesto que todas las demás normas del derecho de los conflictos armados que guardan relación con la protección del medio ambiente en el contexto de los conflictos armados siguen siendo aplicables y no pueden ser ignoradas<sup>1203</sup>.

4) Uno de los pilares del derecho de los conflictos armados<sup>1204</sup> es el principio de distinción, que obliga a las partes en un conflicto armado a distinguir en todo momento los bienes de carácter civil de los objetivos militares, de modo que los ataques solo pueden dirigirse contra objetivos militares<sup>1205</sup>. Se considera una norma de derecho internacional consuetudinario, aplicable a los conflictos armados tanto internacionales como no internacionales<sup>1206</sup>. Tal y como se explica en el comentario al proyecto de principio 13, el medio ambiente natural no tiene carácter intrínsecamente militar y debe tratarse como un bien de carácter civil. No obstante, hay determinadas circunstancias en las que partes del medio ambiente pueden convertirse en objetivo militar, en cuyo caso es lícito atacarlas.

5) En virtud del principio de proporcionalidad, quedan prohibidos los ataques contra objetivos militares legítimos si es de prever que causarán daños incidentales a civiles o a bienes de carácter civil, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista<sup>1207</sup>.

6) El principio de proporcionalidad también es una importante norma del derecho de los conflictos armados por su relación con la norma de la necesidad militar<sup>1208</sup>. Está codificado en varios instrumentos del derecho de los conflictos armados y la Corte Internacional de Justicia también ha reconocido su aplicabilidad en su opinión consultiva

<sup>1202</sup> Véase R. Rayfuse, "Rethinking international law and the protection of the environment in relation to armed conflict" (nota 1200 *supra*), pág. 6; Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Protecting the Environment During Armed Conflict: An Inventory and Analysis of International Law* (Nairobi, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2009), págs. 12 y 13.

<sup>1203</sup> Se trata, entre otros, de los artículos 35 y 55 del Protocolo adicional I, junto con otras disposiciones del Protocolo adicional I y del Protocolo adicional II, así como otros instrumentos del derecho de los conflictos armados que pueden contribuir indirectamente a la protección del medio ambiente, como los que prohíben ataques contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas (Protocolo adicional I, art. 56; Protocolo adicional II, art. 15), los que prohíben atacar bienes indispensables para la población civil (Protocolo adicional I, art. 54; Protocolo adicional II, art. 14); los que prohíben el pillaje (Reglamento relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre (La Haya, 18 de octubre de 1907) (Reglamento de La Haya), art. 28); Protocolo adicional II, art. 4, párr. 2 g) y los que prohíben los desplazamientos forzados de civiles (Protocolo adicional II, art. 17). Véase también Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Environmental Considerations of Human Displacement in Liberia: A Guide for Decision Makers and Practitioners* (2006).

<sup>1204</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (véase la nota 1162 *supra*), párr. 78; M. N. Schmitt, "Military necessity and humanity in international humanitarian law: preserving the delicate balance", *Virginia Journal of International Law*, vol. 50 (2010), págs. 795 a 839, en especial pág. 803.

<sup>1205</sup> El principio de distinción se encuentra codificado actualmente en los artículos 48, 51, párrafo 2, y 52, párrafo 2, del Protocolo adicional I; el artículo 13, párrafo 2, del Protocolo adicional II; el Protocolo II enmendado de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales; el Protocolo III de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales; y la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción (Oslo, 18 de septiembre de 1997), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2056, núm. 35597, pág. 211.

<sup>1206</sup> Véase Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario...* (nota 969 *supra*), norma 7, pág. 29.

<sup>1207</sup> Art. 51, párr. 5 b) del Protocolo adicional I. Véase también Y. Dinstein, "Protection of the environment in international armed conflict", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 5 (2001), pág. 523 a 549, en especial págs. 524 y 525. Véase también L. Doswald-Beck, "International humanitarian law and the advisory opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons", *International Review of the Red Cross*, vol. 37 (1997), págs. 35 a 55, en especial pág. 52.

<sup>1208</sup> Schmitt, "Military necessity and humanity..." (nota 1204 *supra*), pág. 804.

sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*<sup>1209</sup>. Se considera una norma de derecho internacional consuetudinario, aplicable a los conflictos armados tanto internacionales como no internacionales<sup>1210</sup>.

7) En la medida en que el medio ambiente se ve afectado a menudo por los conflictos armados más de modo indirecto que de modo directo, resultan de especial importancia las normas relacionadas con la proporcionalidad al hablar de la protección del medio ambiente natural en los conflictos armados<sup>1211</sup>. El estudio del CICR sobre el derecho consuetudinario ha hecho hincapié en la especial importancia que reviste el principio de proporcionalidad en relación con la protección del medio ambiente natural en los conflictos armados, al concluir que deben valorarse los posibles efectos de un ataque en las necesidades medioambientales<sup>1212</sup>.

8) Si las normas relativas a la proporcionalidad se aplican a la protección del medio ambiente natural, ello quiere decir que no han de atacarse objetivos militares legítimos cuando dicho ataque vaya a tener efectos ambientales incidentales que superen el valor del objetivo militar en cuestión<sup>1213</sup>. Por otra parte, la aplicación del principio de proporcionalidad también quiere decir que “si el objetivo es lo suficientemente importante, se podría justificar un mayor riesgo para el medio ambiente”<sup>1214</sup>. De ahí que se acepte que los “daños colaterales” al medio ambiente natural puedan ser lícitos en determinados supuestos.

9) De conformidad con el derecho de los conflictos armados, la necesidad militar permite medidas que sean realmente necesarias para alcanzar un fin militar legítimo y no estén prohibidas de otro modo<sup>1215</sup>. Esto significa que un ataque dirigido contra un objetivo militar legítimo que pueda tener efectos negativos sobre el medio ambiente solo estará permitido si tal ataque es realmente necesario para lograr un fin militar específico y si no se extienden a él la prohibición del empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños vastos, duraderos y graves al medio ambiente natural<sup>1216</sup> u otras prohibiciones pertinentes, y cumple los criterios contenidos en el principio de proporcionalidad<sup>1217</sup>.

<sup>1209</sup> Protocolo adicional I, arts. 51 y 57; Protocolo adicional II y Protocolo II enmendado de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales, así como Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 8, párr. 2 b) iv). Véase también *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (véase nota 1162 *supra*), pág. 242, párr. 30.

<sup>1210</sup> Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario...* (nota 969 *supra*), norma 14, pág. 53.

<sup>1211</sup> *Ibid.*, norma 44, pág. 163; Droege y Tougas, “The protection of the natural environment in armed conflict...” (nota 998 *supra*), pág. 19; véase también Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Desk Study on the Environment in Liberia* (nota 1058 *supra*) y Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Environmental Considerations of Human Displacement in Liberia...* (nota 1203 *supra*).

<sup>1212</sup> Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario...* (nota 969 *supra*), norma 44, pág. 163.

<sup>1213</sup> Véanse también Dinstein, “Protection of the environment...” (nota 1207 *supra*), págs. 524 y 525; Doswald-Beck, “International humanitarian law and the advisory opinion of the International Court of Justice...” (nota 1207 *supra*); Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Protecting the Environment During Armed Conflict...* (nota 1202 *supra*), pág. 13; Rayfuse, “Rethinking international law and the protection of the environment in relation to armed conflict” (nota 1200 *supra*), pág. 6; Droege y Tougas, “The protection of the natural environment...” (nota 998 *supra*), págs. 19 a 23.

<sup>1214</sup> Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia, párr. 19. Se puede consultar en [www.icty.org/x/file/Press/nato061300.pdf](http://www.icty.org/x/file/Press/nato061300.pdf) (consulta realizada el 8 de julio de 2019). Véanse también Dinstein, “Protection of the environment...” (nota 1207 *supra*), págs. 524 y 525;

<sup>1215</sup> M. Sassòli, A. Bouvier y A. Quintin, “How does law protect in war: online glossary”. Se puede consultar en <https://casebook.icrc.org/glossary/military-necessity> (consulta realizada el 8 de julio de 2019).

<sup>1216</sup> Protocolo adicional I, art. 35, párr. 3.

<sup>1217</sup> *Ibid.*, art. 51, párr. 5 b).

10) La norma relativa a las precauciones en el ataque dispone que hay que tomar precauciones para evitar que la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil sufran daños durante las operaciones militares; y que hay que adoptar también todas las precauciones posibles para evitar y reducir al mínimo la posibilidad de que, incidentalmente, haya muertos y heridos entre la población civil, así como de ocasionar daños a bienes de carácter civil. La norma está codificada en diversos instrumentos del derecho de los conflictos armados<sup>1218</sup> y también se considera una norma de derecho internacional consuetudinario aplicable en caso de conflicto armado, tanto internacional como no internacional<sup>1219</sup>.

11) La norma fundamental relativa a las precauciones en el ataque obliga a las partes en un conflicto armado a tomar todas las precauciones que sea posible al planificar y decidir llevar adelante un ataque. Así pues, en relación con la protección del medio ambiente, implica que las partes en un conflicto armado tienen la obligación de adoptar todas las precauciones posibles para evitar y reducir al mínimo los daños ambientales colaterales<sup>1220</sup>.

12) Por último, las palabras “se aplicarán al medio ambiente natural, con miras a su protección” introducen un objetivo que deben esforzarse por lograr quienes participen en un conflicto armado o en operaciones militares, y, por tanto, hacen algo más que limitarse a afirmar la aplicación de las normas de los conflictos armados al medio ambiente.

### **Principio 15** **Consideraciones ambientales**

Las consideraciones ambientales se tendrán en cuenta al aplicar el principio de proporcionalidad y las normas sobre necesidad militar.

#### **Comentario**

1) El proyecto de principio 15 se titula “Consideraciones ambientales” y dispone que las consideraciones ambientales se tendrán en cuenta al aplicar el principio de proporcionalidad y las normas sobre necesidad militar.

2) El texto encuentra su origen y fuente de inspiración en la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, en que la Corte sostuvo que “los Estados deben tener en cuenta las consideraciones ambientales cuando determinen qué es necesario y proporcional al perseguir objetivos militares legítimos. El respeto del medio ambiente es uno de los elementos que permiten valorar si una acción es conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad”<sup>1221</sup>.

3) El proyecto de principio 15 guarda una estrecha relación con el proyecto de principio 14. El valor añadido de este proyecto de principio respecto del proyecto de principio 14 es que aporta especificidad en cuanto a la aplicación del principio de proporcionalidad y las normas sobre la necesidad militar. Tiene, pues, una importancia práctica. No obstante, hubo quien sugirió que se suprimiera del todo.

4) El proyecto de principio 15 se ocupa del comportamiento militar y no aborda el proceso destinado a determinar qué constituye un objetivo militar como tal, puesto que ese aspecto ya está regulado en el derecho de los conflictos armados y a menudo se trata en los

<sup>1218</sup> El principio de precauciones en el ataque está codificado en el artículo 2, párrafo 3, de la Convención IX de 1907 relativa al Bombardeo por las Fuerzas Navales en Tiempo de Guerra (La Haya, 18 de octubre de 1907), J. B. Scott (ed.), *The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907* (véase la nota 1086 *supra*); el artículo 57, párrafo 1, del Protocolo adicional I, así como el Protocolo II enmendado de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales, y el Segundo Protocolo de 1999.

<sup>1219</sup> Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario...* (nota 969 *supra*), norma 15, pág. 59.

<sup>1220</sup> *Ibid.*, norma 44, pág. 163.

<sup>1221</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (véase nota 1162 *supra*), pág. 242, párr. 30.

manuales militares y en el derecho interno de los Estados<sup>1222</sup>. Las palabras “*al aplicar el principio*” se incluyeron precisamente para dejar claro este aspecto. También en aras de la claridad, y a fin de destacar la relación entre los proyectos de principio 14 y 15, se decidió hacer referencia explícita al principio de proporcionalidad y a las normas sobre la necesidad militar, principios ya analizados en el comentario al proyecto de principio 14 más arriba.

5) El proyecto de principio 15 adquiere pertinencia una vez identificado el objetivo militar legítimo. Dado que el conocimiento del medio ambiente y sus ecosistemas va en constante aumento, se entiende mejor y es más accesible en general para los seres humanos, las consideraciones ambientales no pueden permanecer estáticas en el tiempo, sino que deben evolucionar a medida que lo hace la capacidad del ser humano para entender el medio ambiente.

### **Principio 16** **Prohibición de las represalias**

Quedan prohibidos los ataques contra el medio ambiente natural como represalia.

#### **Comentario**

1) El proyecto de principio 16 se titula “Prohibición de las represalias” y es idéntico al párrafo 2 del artículo 55 del Protocolo adicional I.

2) Aunque el proyecto de principio sobre la prohibición de las represalias contra el medio ambiente natural contó con buena acogida y apoyo por parte de algunos miembros, otros plantearon diversas cuestiones relativas a su formulación y dijeron que no debería haberse incluido en el proyecto de principios. Las discrepancias se referían a tres aspectos fundamentales: a) la relación entre el proyecto de principio 16 y el artículo 51 del Protocolo adicional I; b) si la prohibición de las represalias contra el medio ambiente reflejaba o no el derecho consuetudinario; y c) en caso afirmativo, si esa norma de derecho consuetudinario abarcaba los conflictos armados tanto internacionales como no internacionales.

3) Los partidarios de la inclusión del proyecto de principio hicieron hincapié en la relación entre el proyecto de principio 16 y el artículo 51 del Protocolo adicional I. A su juicio, el artículo 51 (ubicado en la sección “Protección general contra los efectos de las hostilidades”) era uno de los más importantes del Protocolo adicional I. Codificaba la norma consuetudinaria según la cual las personas civiles deben ser protegidas del peligro que generan las hostilidades y, en particular, disponía también que “[s]e prohíben los ataques dirigidos como represalias contra la población civil o las personas civiles”<sup>1223</sup>. Esto hacía imprescindible incluir el proyecto de principio 16. En su opinión, tomar represalias contra el medio ambiente, o parte de él, equivaldría a realizar un ataque contra la población civil, personas civiles o bienes de carácter civil, con lo que se vulneraría el derecho de los conflictos armados.

4) A este respecto, algunos miembros sostuvieron que la prohibición de las represalias formaba parte del derecho internacional consuetudinario. Otros, en cambio, lo cuestionaron

<sup>1222</sup> Véanse el Protocolo adicional I, arts. 48, 50, 51 (en particular párr. 4), 52 (en particular párr. 2) y 57, párr. 2; y el Protocolo adicional II, art. 13, párr. 2. Véanse Y. Dinstein, “Legitimate military objectives under the current *jus in bello*”, *International Law Studies*, vol. 78 (2002), pág. 139; y L. R. Blank, “Extending positive identification from persons to places: terrorism, armed conflict, and the identification of military objectives”, *Utah Law Review*, núm. 5 (2013), págs. 1227 a 1261. Véanse, por ejemplo, Reino Unido, Ministerio de Defensa, *The Manual of the Law of Armed Conflict* (Oxford, Oxford University Press, 2004), párr. 5.4; Canadá, Defensa Nacional, *Law of Armed Conflict at the Operational and Tactical Levels* (2001) B-GJ-005-104/FP-021, págs. 405 a 427; Estados Unidos, Departamento de Defensa, *Law of War Manual* (Office of General Counsel, Washington D. C., 2015).

<sup>1223</sup> Protocolo adicional I, art. 51, en particular párr. 6. Véase C. Pilloud y J. Pictet, “Artículo 51: Protección de la población civil”, en CICR, *Comentario del Protocolo...*, Sandoz y otros (nota 976 *supra*), pág. 588, párr. 1923.

y consideraron que la norma existía únicamente como obligación convencional en virtud del Protocolo adicional I<sup>1224</sup>.

5) Se expresó el temor de que incluir el proyecto de principio 16 con un texto idéntico al del artículo 55, párrafo 2, del Protocolo adicional I pudiera hacer que el proyecto de principios fuera en contra de su finalidad principal, que era ser de aplicación general. El Protocolo adicional I, si bien había sido ratificado por muchos Estados, que así habían reconocido la prohibición de las represalias contra el medio ambiente, no había sido ratificado universalmente<sup>1225</sup>. A algunos miembros les preocupaba que la reproducción literal del artículo 55, párrafo 2, en el proyecto de principio 16 pudiera, por tanto, malinterpretarse en el sentido de que intentaba crear una norma vinculante para Estados que no eran parte en el Protocolo. También se señaló a este respecto que el párrafo 2 del artículo 55 había sido objeto de reservas y declaraciones de algunos Estados parte<sup>1226</sup>.

<sup>1224</sup> Véase un análisis sobre la condición de derecho consuetudinario de las represalias, véanse Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario...* (nota 969 *supra*), normas 147 a 149, págs. 591 a 599; Y. Arai-Takahashi, *The Law of Occupation: Continuity and Change of International Humanitarian Law and its Interaction with International Human Rights Law* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2009), págs. 285 a 289; M. A. Newton, “Reconsidering Reprisals”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 20 (2010), págs. 361 a 388; S. Darcy, *Collective Responsibility and Accountability under International Law* (Leiden, Brill, 2007), págs. 154 a 156.

<sup>1225</sup> En la actualidad hay 174 Estados partes en el Protocolo adicional I. Véase el sitio web del CICR ([www.icrc.org/ihl/INTRO/470](http://www.icrc.org/ihl/INTRO/470) (consulta realizada el 8 de julio de 2019)).

<sup>1226</sup> Véase una descripción de las declaraciones escritas y orales y las reservas formuladas por los Estados en relación con, entre otras disposiciones, el artículo 55, en [A/CN.4/685](#), párrs. 129 y 130. Cabe señalar que el Reino Unido declaró lo siguiente: “Se aceptan las obligaciones enunciadas en los artículos 51 y 55 partiendo del principio de que toda parte adversa contra la cual pudiera combatir el Reino Unido las cumplirá escrupulosamente. Si una parte adversa emprende ataques graves y deliberados contra la población civil, personas civiles o bienes de carácter civil, en contravención de los artículos 51 y 52, o contra objetos o elementos protegidos por los artículos 53, 54 y 55 en contravención de dichos artículos, el Reino Unido se considerará amparado para adoptar las medidas que de otro modo quedan prohibidas en virtud de los artículos en cuestión en la medida en que las considere necesarias con el fin exclusivo de obligar a la parte adversa a poner fin a la contravención de esos artículos, pero únicamente después de que se haya ignorado la advertencia formal dirigida a la parte adversa en la que se le exija poner fin a la contravención y se haya adoptado una decisión en la más alta instancia de gobierno. Las medidas adoptadas en tales circunstancias por el Reino Unido no serán desproporcionadas con respecto a la contravención que las haya originado ni comportarán ningún acto prohibido por los Convenios de Ginebra de 1949 ni se mantendrán una vez que haya cesado la contravención. El Reino Unido notificará a las Potencias protectoras toda advertencia formal dirigida a una parte adversa y, en el caso de que se ignore dicha advertencia, las medidas adoptadas en consecuencia”. El texto de la reserva en inglés puede consultarse en el sitio web del CICR en [www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/0A9E03F0F2EE757CC1256402003FB6D2?OpenDocument](http://www.icrc.org/ihl.nsf/NORM/0A9E03F0F2EE757CC1256402003FB6D2?OpenDocument) (consulta realizada el 8 de julio de 2019), párr. m). Véase una disposición parcial de las condiciones en las que se pueden tomar represalias bélicas contra el medio ambiente natural en Ministerio de Defensa del Reino Unido, *The Manual of the Law of Armed Conflict...* (nota 1222 *supra*), párrs. 16.18 y 16.19.1. Véanse declaraciones relativas a la cuestión de si el Protocolo adicional I es aplicable únicamente a las armas convencionales y no a las armas nucleares en [A/CN.4/685](#), párr. 130. Véanse las declaraciones y las reservas de Irlanda: “Artículo 55: A fin de asegurar que en la guerra se vele por la protección del medio ambiente natural contra los daños vastos, duraderos y graves, y teniendo en cuenta la prohibición de la utilización de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen tales daños al medio ambiente natural, comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población, Irlanda declara que las armas nucleares, aun cuando no estén directamente reguladas por el Protocolo adicional I, siguen estando sujetas a las normas vigentes de derecho internacional, como confirmó en 1996 la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*. Irlanda interpretará y aplicará este artículo de forma tal que conduzca a la mejor protección posible de la población civil”. Puede consultarse la declaración en inglés en el sitio web del CICR en [www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Notification.xsp?documentId=27BBBCD34A4918BFBC1256402003FB43A&action=OpenDocument](http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Notification.xsp?documentId=27BBBCD34A4918BFBC1256402003FB43A&action=OpenDocument) (consulta realizada el 8 de julio de 2019). Conviene señalar también que en la causa relativa a la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares* (véase la nota 1162 *supra*), pág. 246, párr. 46, la Corte afirmó lo siguiente: “Algunos Estados han afirmado que el empleo de armas nucleares en la forma de represalias sería lícito. La Corte no tiene que examinar, en este contexto, la cuestión de las represalias armadas en



6) Merece la pena, pues, resumir la situación del párrafo 2 del artículo 55 (como disposición convencional) en los términos siguientes: la prohibición de los ataques contra el medio ambiente natural como represalia es una norma vinculante para los 174 Estados partes en el Protocolo adicional I. Hay que evaluar caso por caso en qué medida las declaraciones o reservas formuladas por los Estados se refieren a su aplicación, dado que tan solo algunos Estados han hecho referencia explícita al párrafo 2 del artículo 55<sup>1227</sup>.

7) Otra cuestión controvertida que se planteó y que merece ser examinada es el hecho de que no exista en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra ni en el Protocolo adicional II una norma equivalente al párrafo 2 del artículo 55 que prohíba explícitamente las represalias en los conflictos armados no internacionales (también contra las personas civiles, la población civil o los bienes de carácter civil). Los antecedentes de la elaboración del Protocolo adicional II ponen de manifiesto que, en el momento en que se redactó esa disposición, algunos Estados consideraban que las represalias de toda índole estaban prohibidas bajo cualquier circunstancia en los conflictos armados no internacionales<sup>1228</sup>. No obstante, también hay argumentos válidos según los cuales, en determinadas situaciones, las represalias pueden estar permitidas en los conflictos armados no internacionales<sup>1229</sup>.

8) Ante esta incertidumbre, algunos miembros expresaron su preocupación por el hecho de que, al no diferenciar entre los conflictos armados internacionales y los conflictos armados no internacionales, el proyecto de principio 16 tratara de crear una nueva norma de derecho internacional. Se propuso, pues, reformular el principio con las cautelas pertinentes o suprimirlo totalmente del proyecto de principios.

9) En cuanto a las represalias contra el medio ambiente natural en particular, cabe señalar que el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia estimó que la prohibición de las represalias contra la población civil constituía una norma de derecho internacional consuetudinario “en cualquier tipo de conflicto armado”<sup>1230</sup>. En la medida en que el medio ambiente debe considerarse un bien de carácter civil salvo que parte de él se convierta en un objetivo militar, algunos miembros expresaron la opinión de que las represalias contra el medio ambiente en los conflictos armados no internacionales estaban prohibidas.

10) Dada la polémica que suscita la redacción de este proyecto de principio, se hicieron varias propuestas de reformulación del principio para tener en cuenta las cuestiones controvertidas. No obstante, en última instancia se consideró que cualquier formulación distinta a la aprobada se prestaba a una interpretación que debilitaba la norma existente en el derecho de los conflictos armados, lo cual sería un resultado no deseado, dada la importancia fundamental de las normas existentes del derecho de los conflictos armados. A pesar de las preocupaciones expresadas durante la redacción, se estimó que la inclusión de

---

tiempo de paz, que se consideran ilícitas, como tampoco tiene que pronunciarse sobre la cuestión de las represalias bélicas, salvo para observar que, en cualquier caso, el derecho a recurrir a dichas represalias, al igual que la legítima defensa, se regiría, entre otros, por el principio de proporcionalidad”.

<sup>1227</sup> Francia, Irlanda y el Reino Unido.

<sup>1228</sup> Véase *Documentos Oficiales de la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados* (Ginebra, 1974-1977) vol. IX; puede consultarse en [www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/RC-dipl-conference-records.html](http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/RC-dipl-conference-records.html) (consulta realizada el 8 de julio de 2019), especialmente las declaraciones formuladas por el Canadá (pág. 428), Grecia (pág. 429), el Iraq (pág. 314), México (pág. 318) y la República Islámica del Irán (pág. 429). Véase también Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario...* (nota 969 *supra*), norma 148, pág. 594.

<sup>1229</sup> Véanse V. Bilková, “Belligerent reprisals in non-international armed conflicts”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 63 (2014), pág. 31; S. Sivakumaran, *The Law of Non-International Armed Conflict* (Oxford, Oxford University Press, 2012), págs. 449 a 457.

<sup>1230</sup> *Prosecutor v. Duško Tadić*, causa núm. IT-94-1-A72, decisión sobre la moción presentada por la defensa relativa a una apelación interlocutoria sobre la competencia, de 2 de octubre de 1995, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Judicial Reports 1994-1995*, vol. I, págs. 353 y ss., en especial págs. 475 a 478, párrs. 111 y 112. Véase también, en general, Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario...* (nota 969 *supra*), págs. 594 a 598.



un proyecto de principio sobre la prohibición de las represalias contra el medio ambiente natural era particularmente pertinente y necesaria, dado el objetivo general del proyecto de principios de mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados. En vista de las observaciones que anteceden, se puede considerar que la inclusión de este proyecto de principio promueve el desarrollo progresivo del derecho internacional, que es uno de los mandatos de la Comisión.

**Principio 17**  
**Zonas protegidas**

Se protegerán de cualquier ataque las zonas de gran importancia ambiental y cultural designadas mediante acuerdo como zonas protegidas, siempre que no contengan un objetivo militar.

**Comentario**

- 1) Este proyecto de principio se corresponde con el proyecto de principio 4. Dispone que se protegerán de cualquier ataque las zonas de gran importancia ambiental y cultural designadas mediante acuerdo como zonas protegidas, siempre que no contengan un objetivo militar. A diferencia de aquel proyecto de principio, se refiere únicamente a las zonas designadas mediante acuerdo. Debe haber un acuerdo expreso sobre la designación, que puede haberse celebrado en tiempo de paz o durante un conflicto armado. El término “acuerdo” debe interpretarse en su sentido más amplio, de modo que incluya las declaraciones recíprocas y unilaterales aceptadas por la otra parte, los tratados y otros tipos de acuerdos, así como los acuerdos con actores no estatales. Estas zonas están protegidas de los ataques durante un conflicto armado. Mediante el empleo del verbo “contener” en la expresión “siempre que no contengan un objetivo militar” se pretende dar a entender que puede tratarse de zonas enteras o únicamente de partes de ellas. Lo que es más, la protección otorgada a una zona cesa si una de las partes infringe gravemente el acuerdo por el que se establece la zona.
- 2) Tal y como se ha mencionado antes, una zona designada establecida de conformidad con el proyecto de principio 4 puede dejar de estar protegida si una parte en un conflicto armado tiene objetivos militares en ella o la utiliza para llevar a cabo actividades militares durante un conflicto armado. En el presente proyecto de principio se establece la salvedad con respecto a los objetivos militares diciendo “siempre que no contengan un objetivo militar”, mientras que en el proyecto de principio 13, párrafo 3, se expresa de manera diferente diciendo “a menos que se haya convertido en un objetivo militar”. La relación entre estos dos principios es que el principio 17 trata de mejorar la protección establecida en el proyecto de principio 13, párrafo 3.
- 3) Con la protección condicional se trata de lograr un equilibrio entre los aspectos militares, humanitarios y ambientales, al igual que ocurre con el mecanismo de zonas desmilitarizadas establecido en el artículo 60 del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra. Este artículo dispone que, si una parte en un conflicto armado utiliza una zona protegida con fines militares concretos, esa zona dejará de ser protegida.
- 4) De conformidad con la Convención de La Haya de 1954 anteriormente mencionada, los Estados parte también tienen la obligación de no destruir bienes que hayan sido identificados como bienes culturales de conformidad con el artículo 4 de la Convención. No obstante, únicamente se puede conferir dicha protección mientras el bien cultural no sea utilizado con fines militares.
- 5) Las consecuencias jurídicas de la designación de una zona como zona protegida dependerán del origen y el contenido, así como de la forma, del proyecto de designación de la zona protegida. Por ejemplo, la norma *pacta tertiis* limitará la aplicación de un tratado formal a las partes. La designación de una zona como zona protegida podría servir, como mínimo, para alertar a las partes en un conflicto armado de que deberán tenerlo en cuenta cuando apliquen el principio de proporcionalidad o el principio de precauciones en el ataque. Además, puede resultar necesario ajustar las medidas de prevención y reparación para tener en cuenta el estatus especial de la zona.

## Principio 18 Prohibición del pillaje

Queda prohibido el pillaje de recursos naturales.

### Comentario

1) El proyecto de principio 18 tiene por objeto reafirmar la prohibición del pillaje, así como su aplicabilidad a los recursos naturales. La explotación ilegal de los recursos naturales ha impulsado muchos conflictos armados, en particular no internacionales, en las últimas décadas<sup>1231</sup> y ha provocado una importante presión ambiental en las zonas afectadas<sup>1232</sup>. En este contexto, se consideró que la prohibición del pillaje era una de las disposiciones del derecho de los conflictos armados que protegían el medio ambiente en un conflicto armado.

2) El pillaje es una vulneración reconocida del derecho de los conflictos armados y un crimen de guerra. El Convenio de Ginebra IV contiene una prohibición absoluta del pillaje, tanto en el territorio de una parte en un conflicto armado como en un territorio ocupado<sup>1233</sup>. El Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra confirma la aplicabilidad de esta prohibición general en los conflictos armados no internacionales que cumplan los criterios establecidos en el Protocolo y, en ese contexto, “en todo tiempo y lugar”<sup>1234</sup>. La prohibición ha sido incorporada ampliamente en la legislación nacional y en los manuales militares<sup>1235</sup>. Existe abundante jurisprudencia de cortes y tribunales penales internacionales, establecidos tanto tras la Segunda Guerra Mundial como más recientemente, que confirma el carácter delictivo del pillaje<sup>1236</sup>. El pillaje como crimen de guerra también es perseguible con arreglo

<sup>1231</sup> Según el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, el 40 % de los conflictos armados internos de los últimos 60 años han estado relacionados con recursos naturales, y, desde 1990, al menos 18 conflictos armados han sido alimentados directamente por recursos naturales. Véase *Renewable Resources and Conflict: Toolkit and Guidance for Preventing and Managing Land and Natural Resources Conflicts* (Nueva York, Equipo Marco Interinstitucional para la Acción Preventiva de las Naciones Unidas, 2012), pág. 14. Puede consultarse en [www.un.org/en/land-natural-resources-conflict/renewable-resources.shtml](http://www.un.org/en/land-natural-resources-conflict/renewable-resources.shtml) (consulta realizada el 8 de julio de 2019).

<sup>1232</sup> Informe provisional del Grupo de Expertos encargado de examinar la cuestión de la explotación ilegal de los recursos naturales y otras riquezas de la República Democrática del Congo (S/2002/565), párr. 52. Véanse también Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *The Democratic Republic of the Congo: Post-Conflict Environmental Assessment. Synthesis Report for Policy Makers* (Nairobi, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2011), págs. 26 a 28, que puede consultarse en <http://wedocs.unep.org/handle/20.500.11822/22069> (consulta realizada el 8 de julio de 2019); Informe presentado por el Grupo de Expertos de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 25 de la resolución 1478 (2003) relativa a Liberia (S/2003/779), párr. 14; Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Desk Study on the Environment in Liberia* (nota 1058 *supra*), págs. 16 a 18 y 42 a 51; C. Nellemann y otros (eds.), *The Rise of Environmental Crime – A Growing Threat to Natural Resources, Peace, Development and Security* (Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente – INTERPOL, 2016), pág. 69.

<sup>1233</sup> Convenio de Ginebra IV, art. 33, párr. 2. Véase también Convenio de Ginebra I, art. 15, párr. 1, según el cual “En todo tiempo, y especialmente después de un combate, las Partes en conflicto tomarán sin tardanza todas las medidas posibles para buscar y recoger a los heridos y a los enfermos, para protegerlos contra el pillaje”.

<sup>1234</sup> Protocolo adicional II, art. 4, párr. 2 g). Véase también Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 21, párr. 2: “En caso de expoliación, el pueblo desposeído tendrá derecho a la recuperación legal de su propiedad, así como a una compensación adecuada”. Asimismo, el Protocolo de Lusaka de la Conferencia Internacional sobre la Región de los Grandes Lagos reproduce la misma disposición, véase Protocolo contra la Explotación Ilegal de los Recursos Naturales de la Conferencia Internacional sobre la Región de los Grandes Lagos, art. 3, párr. 2.

<sup>1235</sup> Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario...* (nota 969 *supra*), norma 52, “Queda prohibido el pillaje”, págs. 203 a 206.

<sup>1236</sup> Véanse, por ejemplo, *In re Krupp and Others*, sentencia de 30 de junio de 1948, *Trials of War Criminals before the Nürnberg Military Tribunals*, vol. IX, págs. 1337 a 1372; *U.S.A. v. von Weizsäcker et al. (Ministries case)*, *Trials of War Criminals before the Nürnberg Military Tribunals*, vol. XIV, pág. 741; *Prosecutor v. Goran Jelisić*, causa núm. IT-95-10-T, fallo, Sala de Primera Instancia, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, 14 de diciembre de 1999; *The Prosecutor v. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić a/k/a “Pavo”, Hazim Delić and Esad Landžo a/k/a*

al Estatuto de Roma, en los conflictos tanto internacionales como no internacionales<sup>1237</sup>. Se ha determinado que la prohibición del pillaje constituye una norma consuetudinaria de derecho internacional<sup>1238</sup>.

3) Según el comentario del CICR, la prohibición es aplicable a todas las categorías de bienes, ya sean públicos o privados<sup>1239</sup>. El alcance del presente proyecto de principio se limita al pillaje de recursos naturales, que es un fenómeno habitual en los conflictos armados y provoca un grave impacto ambiental. Si bien ese pillaje solo se refiere a los recursos naturales que pueden ser objeto de propiedad y constituir un “bien”, este requisito se cumple fácilmente en el caso de los recursos naturales de gran valor. Se prohíbe el pillaje de recursos naturales, ya sean propiedad del Estado, de comunidades o de particulares<sup>1240</sup>. La aplicabilidad de la prohibición del pillaje a los recursos naturales ha sido confirmada por la Corte Internacional de Justicia que, en su fallo en la causa relativa a las *Actividades armadas en el territorio del Congo*, determinó que Uganda era internacionalmente responsable de los “actos de saqueo, robo y explotación de los recursos naturales [de la República Democrática del Congo]” cometidos por miembros de las fuerzas armadas de Uganda en el territorio de la República Democrática del Congo<sup>1241</sup>.

4) El pillaje es un término amplio que designa cualquier apropiación de bienes en un conflicto armado contraria al derecho de los conflictos armados. Al mismo tiempo, el derecho de los conflictos armados prevé una serie de excepciones en que la apropiación o destrucción de bienes son lícitas<sup>1242</sup>. Según los comentarios del CICR, la prohibición del pillaje abarca tanto el pillaje organizado como los actos individuales<sup>1243</sup>, cometidos ya sea

---

“Zenga”, causa núm. IT-96-21-T, fallo, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, 16 de noviembre de 1998, y fallo condenatorio, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, 9 de octubre de 2001; *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, causa núm. IT-95-14-T, fallo (incluida la declaración del Magistrado Shahabuddeen), Sala de Primera Instancia, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, 3 de marzo de 2000, *Judicial Reports 2000*; *Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Čerkez*, causa núm. IT-95-14/2-T, fallo, Sala de Primera Instancia, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, 26 de febrero de 2001; *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao*, causa núm. SCSL-04-15-T-1234, fallo, Sala de Primera Instancia, Tribunal Especial para Sierra Leona, 2 de marzo de 2009; *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, causa núm. SCSL-03-1-T, fallo, 18 de mayo de 2012 (fallo en primera instancia en la causa *Taylor*); *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, causa núm. SCSL-03-01-A, fallo, Sala de Apelaciones, Tribunal Especial para Sierra Leona, 26 de septiembre de 2013.

<sup>1237</sup> Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2187, núm. 38544, pág. 3, art. 8, párr. 2 b) xvi) y e) v).

<sup>1238</sup> Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario...* (nota 969 *supra*), norma 52, págs. 203 a 206.

<sup>1239</sup> Comentario del CICR (1987) al Protocolo adicional II, art. 4, párr. 2 g), párr. 4542 del comentario. Véase también el comentario del CICR (1958) al Convenio de Ginebra IV, art. 33, párr. 2.

<sup>1240</sup> Las normas de propiedad también se han utilizado ampliamente a nivel nacional para la resolución de controversias relativas al acceso, el uso y el control de los recursos y, por lo tanto, constituyen un mecanismo fundamental para la protección del medio ambiente. T. Hardman Reis, *Compensation for Environmental Damage under International Law. The Role of the International Judge* (Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2011), pág. 13.

<sup>1241</sup> *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, fallo, *I.C.J. Reports 2005*, págs. 168 y ss., en especial pág. 253, párr. 250.

<sup>1242</sup> En relación con el apoderamiento de bienes públicos muebles del adversario que puedan utilizarse con fines militares, véase el Convenio de Ginebra I, art. 50. También puede ser lícito destruir los bienes del adversario o apropiarse de ellos en caso de imperiosa necesidad militar; véase el Reglamento de La Haya (1907), art. 23 g). Véase también Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario...* (nota 969 *supra*), norma 50, págs. 196 a 198. En relación con la utilización lícita por una Potencia ocupante de los recursos del territorio ocupado para el mantenimiento y las necesidades del ejército de ocupación, véase el comentario al proyecto de principio 21 *infra*.

<sup>1243</sup> Comentario del CICR (1987) al Protocolo adicional II, art. 4, párr. 2 g), párr. 4542 del comentario. Véase también el comentario del CICR (1958) al Convenio de Ginebra IV, art. 33, párr. 2.

por civiles o por personal militar<sup>1244</sup>. Los actos de pillaje no implican necesariamente el empleo de la fuerza o la violencia<sup>1245</sup>.

5) No se ha utilizado una terminología uniforme para designar la apropiación ilegal de bienes, incluidos recursos naturales, en un conflicto armado. La Corte Internacional de Justicia, en el fallo en la causa relativa a las *Actividades armadas*, habló de “saqueo, robo y explotación”<sup>1246</sup> y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia se refiere al “robo”<sup>1247</sup>, mientras que la Carta Africana utiliza el término “expoliación”<sup>1248</sup>. No obstante, las investigaciones muestran que los términos “pillaje”, “robo”, “expoliación” y “saqueo” tienen un sentido jurídico común y han sido utilizados indistintamente por las cortes y tribunales internacionales<sup>1249</sup>. Así, en la sentencia de Núremberg se utilizaron las palabras “pillaje” y “robo” como sinónimas<sup>1250</sup>. Si bien la jurisprudencia posterior a la Segunda Guerra Mundial prefería el término “expoliación”, confirmó que era sinónimo de “robo”, que era el término recogido en la Ley núm. 10 del Consejo de Control<sup>1251</sup>. La jurisprudencia de las cortes y tribunales penales internacionales modernos ha confirmado además que tanto “pillaje” como “robo” y “saqueo” designan la apropiación ilícita de bienes públicos o privados en un conflicto armado<sup>1252</sup>.

6) El término “pillaje” se ha utilizado en el Reglamento de La Haya<sup>1253</sup> y en el Convenio de Ginebra IV<sup>1254</sup>, en el Protocolo adicional II<sup>1255</sup> y en el Estatuto de Roma<sup>1256</sup>. El Estatuto de Núremberg empleó el término “robo”<sup>1257</sup>. El concepto de pillaje se ha definido en los Comentarios del CICR a los Convenios de Ginebra y al Protocolo adicional II, así como en la jurisprudencia de las cortes y tribunales penales internacionales. Por consiguiente, se ha considerado apropiado utilizar el término “pillaje” en el proyecto de principio.

7) El pillaje de recursos naturales se inscribe en el contexto más amplio de la explotación ilegal de recursos naturales, que prospera en las zonas de conflicto armado y en las situaciones posteriores a un conflicto armado. El Consejo de Seguridad y la Asamblea General han destacado a este respecto la conexión entre las redes de delincuencia transnacional, los grupos terroristas y los conflictos armados, también en relación con el

<sup>1244</sup> Comentario del CICR (2016) al Convenio de Ginebra I, art. 15, párr. 1495.

<sup>1245</sup> *Ibid.*, párr. 1494.

<sup>1246</sup> *Armed Activities on the Territory of the Congo* (véase la nota 1241 *supra*), párr. 248.

<sup>1247</sup> Art. 3 e). Aprobado inicialmente mediante la resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad, de 25 de mayo de 1993. El Estatuto actualizado puede consultarse en [www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_sept09\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf) (consulta realizada el 8 de julio de 2019).

<sup>1248</sup> Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 21, párr. 2.

<sup>1249</sup> J. G. Stewart, *Corporate War Crimes, Prosecuting the Pillage of Natural Resources* (Open Society Foundations, 2011), págs. 15 a 17.

<sup>1250</sup> *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, vol. I (Washington D. C., Tribunales Militares de Núremberg, 1945), pág. 228.

<sup>1251</sup> Véase *United States v. Krauch et al.*, en *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals (The I.G. Farben Case)*, vols. VII y VIII (Washington D. C., Tribunales Militares de Nuremberg, 1952), págs. 1081 y ss., en especial pág. 1133.

<sup>1252</sup> *Prosecutor v. Delalić et al.*, causa núm. IT-96-21-T, fallo, 16 de noviembre de 1998 (véase la nota 1236 *supra*), párr. 591: “el delito de apropiación ilícita de bienes públicos y privados en un conflicto armado se ha calificado de manera diversa de ‘pillaje’, ‘robo’ y ‘expoliación’ [...] La Sala de Primera Instancia llega a esta conclusión basándose en su opinión de que debe entenderse que el robo al que se hace referencia en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional abarca todas las formas de apropiación ilícita de bienes en un conflicto armado que generan responsabilidad penal individual en virtud del derecho internacional, incluidos los actos tradicionalmente calificados de ‘pillaje’”. Véanse también *Prosecutor v. Alex Tamba Brima et al.*, causa núm. SCSL-04-16-T, fallo, Tribunal Especial para Sierra Leona, 20 de junio de 2007, párr. 751; y *Prosecutor v. Blagoje Simić*, causa núm. IT-95-9-T, fallo, Sala de Primera Instancia, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, 17 de octubre de 2003, párr. 98.

<sup>1253</sup> Arts. 28 y 47 del Reglamento de La Haya de 1907.

<sup>1254</sup> Art. 33, párr. 2, del Convenio de Ginebra IV.

<sup>1255</sup> Art. 4, párr. 2 g), del Protocolo adicional II.

<sup>1256</sup> Estatuto de Roma, art. 8, párr. 2 b) xvi), y art. 8, párr. 2 e) v), donde se habla de “pillaging” (saquear).

<sup>1257</sup> Estatuto de Núremberg, art. 6 b).

comercio ilícito de recursos naturales<sup>1258</sup>. Las situaciones posteriores a un conflicto armado, que suelen caracterizarse por una gobernanza deficiente, una corrupción generalizada y una escasa protección de los derechos sobre los recursos, son vulnerables a la comisión de delitos transnacionales contra el medio ambiente<sup>1259</sup>. La “explotación ilegal de recursos naturales” a que se hace referencia en las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad<sup>1260</sup> es una noción general que puede abarcar las actividades de Estados, grupos armados no estatales u otros actores no estatales, incluidos particulares. Por consiguiente, puede designar una ilegalidad contraria al derecho internacional o nacional. Si bien la noción de “explotación ilegal de recursos naturales” se solapa en parte con el concepto de pillaje, no ha sido definida<sup>1261</sup> y puede referirse también a los delitos contra el medio ambiente, ya sea en tiempo de conflicto armado o en tiempo de paz. Este contexto más amplio pone de relieve la aplicación de la prohibición del pillaje de recursos naturales.

8) El proyecto de principio 18 se ha ubicado en la tercera parte, que contiene proyectos de principio aplicables durante un conflicto armado. También es de aplicación en situaciones de ocupación.

### **Principio 19** **Técnicas de modificación ambiental**

De conformidad con sus obligaciones internacionales, los Estados no utilizarán técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles que tengan efectos vastos, duraderos o graves como medios para ocasionar destrucción, daños o perjuicios a otro Estado.

#### **Comentario**

1) El proyecto de principio 19 se ha inspirado en el artículo 1, párrafo 1, de la Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles de 1976<sup>1262</sup>. La Convención prohíbe utilizar técnicas de modificación ambiental que tengan efectos vastos, duraderos o graves con fines militares u otros fines hostiles<sup>1263</sup>. Las técnicas de modificación ambiental se definen en la Convención como las “todas las técnicas que tienen por objeto alterar —mediante la manipulación deliberada de los procesos naturales— la dinámica, la composición o la estructura de la Tierra, incluida su biótica, su litosfera, su hidrosfera y su atmósfera, o del

<sup>1258</sup> Resolución 2195 (2014) del Consejo de Seguridad, de 19 de diciembre de 2014, párr. 3; resolución 69/314 de la Asamblea General, de 30 de julio de 2015, párrs. 2 a 5. Véanse también las resoluciones del Consejo de Seguridad 2134 (2014), de 28 de enero de 2014, y 2136 (2014), de 30 de enero de 2014, sobre las sanciones del Consejo de Seguridad contra personas y entidades involucradas en la caza furtiva y el comercio de fauna y flora silvestres. Véanse también las resoluciones de la Asamblea de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente 2/15, de 27 de mayo de 2016, sobre la “Protección del medio ambiente en zonas afectadas por conflictos armados” (UNEP/EA.2/Res.15), párr. 4; y 3/1, de 6 de diciembre de 2017, sobre la “Mitigación y control de la contaminación en zonas afectadas por conflictos armados o terrorismo”, párrs. 2 y 3.

<sup>1259</sup> Se ha señalado que la corrupción es el factor que más propicia el comercio ilegal de fauna y flora silvestres y de madera. Véase Nellemann y otros, *The Rise of Environmental Crime...* (nota 1232 *supra*), pág. 25, donde se afirma que la delincuencia ambiental transnacional prospera en entornos permisivos. Véase también C. Cheng y D. Zaum, “Corruption and the role of natural resources in post-conflict transitions”, en C. Bruch, C. Muffett y S. S. Nichols (eds.), *Governance, Natural Resources, and Post-Conflict Peacebuilding* (Abingdon, Earthscan from Routledge, 2016), págs. 461 a 480.

<sup>1260</sup> Véase, por ejemplo, la resolución 1457 (2003) del Consejo de Seguridad, de 24 de enero de 2003, párr. 2, en la que el Consejo “[c]ondena enérgicamente la explotación ilegal de los recursos naturales de la República Democrática del Congo”.

<sup>1261</sup> El término “explotación ilegal de recursos naturales” aparece en el Protocolo de Lusaka de la Conferencia Internacional sobre la Región de los Grandes Lagos, art. 17, párr. 1, pero no se ha definido.

<sup>1262</sup> Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles (Nueva York, 10 de diciembre de 1976), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1108, núm. 17119, pág. 151.

<sup>1263</sup> *Ibid.*, art. I, párr. 1.

espacio ultraterrestre”<sup>1264</sup>. El presente proyecto de principio utiliza el concepto de técnica de modificación ambiental en el mismo sentido.

2) La mención de las obligaciones internacionales en el proyecto de principio se refiere a las obligaciones convencionales de los Estados parte en la Convención, así como a las obligaciones de derecho internacional consuetudinario, en la medida en que la prohibición se solapa con una obligación consuetudinaria que, según el estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario, prohíbe el uso del medio ambiente como arma. Citando el estudio del CICR, “la práctica de los Estados es lo suficientemente amplia, representativa y uniforme como para sacar la conclusión de que la destrucción del medio ambiente natural no puede utilizarse como arma”, independientemente de si las disposiciones de la Convención son consuetudinarias en sí<sup>1265</sup>. Las Directrices del CICR sobre la Protección del Medio Ambiente en Tiempo de Conflicto Armado para Manuales y Programas de Instrucción Militares también contienen una directriz basada en los artículos I y II de la Convención<sup>1266</sup>.

3) La Convención no especifica claramente si la prohibición del uso de técnicas de modificación ambiental podría tener vigencia en un conflicto armado no internacional. El texto del párrafo 1 del artículo I solo prohíbe las modificaciones ambientales que causen daños a otro Estado parte en la Convención. No obstante, se ha afirmado que esa condición también puede darse en un conflicto armado no internacional siempre que la utilización de una técnica de modificación ambiental por un Estado con fines hostiles en el contexto de ese conflicto cause daños ambientales o de otra índole en el territorio de otro Estado parte<sup>1267</sup>. Es perfectamente posible que las técnicas de modificación ambiental que se abordan en la Convención, capaces de provocar “terremotos; maremotos; perturbaciones del equilibrio ecológico de una región, modificación de las pautas meteorológicas (nubosidad, precipitaciones, ciclones de diversos tipos y tormentas huracanadas); modificación de las pautas del clima; modificación de las corrientes oceánicas; modificación del estado de la capa de ozono, y modificación del estado de la ionosfera”<sup>1268</sup>, tengan efectos transfronterizos.

4) La Convención solo se ocupa de la utilización de técnicas de modificación ambiental con fines hostiles o militares por parte de los Estados y no aborda la utilización de dichas técnicas con fines hostiles por actores no estatales. En el estudio del CICR sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario se llega a la conclusión de que la prohibición de la destrucción del medio ambiente natural como arma es una norma de derecho internacional consuetudinario “aplicable en conflictos armados internacionales y, posiblemente, también en los no internacionales”<sup>1269</sup>.

<sup>1264</sup> *Ibid.*, art. II.

<sup>1265</sup> Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario...* (nota 969 *supra*), pág. 173.

<sup>1266</sup> CICR, Directrices sobre la Protección del Medio Ambiente en Tiempo de Conflicto Armado para Manuales y Programas de Instrucción Militares (véase la nota 973 *supra*), directriz 12.

<sup>1267</sup> Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario...* (véase la nota 969 *supra*), norma 44, comentario, pág. 165: “Cabe sostener que la obligación de prestar la debida consideración al medio ambiente se aplica también en los conflictos armados no internacionales si hay consecuencias para otro Estado”. Véase también Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 2ª ed. (Cambridge, Cambridge University Press, 2010), pág. 243, donde se hace referencia a los daños transfronterizos causados por las técnicas de modificación ambiental. Véase asimismo T. Meron, “Comment: protection of the environment during non-international armed conflicts”, en J. R. Grunawalt, J. E. King y R. S. McClain (eds.), *International Law Studies*, vol. 69, *Protection of the Environment during Armed Conflicts* (Newport, Rhode Island, Naval War College, 1996), págs. 353 a 358, donde se afirma, en la pág. 354, que la Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles es aplicable en cualquier circunstancia.

<sup>1268</sup> Entendimiento acerca del artículo II, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 27 (A/31/27)*, pág. 97.

<sup>1269</sup> Henckaerts y Doswald-Beck, *El derecho internacional humanitario consuetudinario...* (nota 969 *supra*), explicación de la norma 45, pág. 168. Véase también la Parte II del Estudio del CICR sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario (puede consultarse en [https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2\\_rul\\_rule45](https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule45)) y la práctica conexas.

5) El proyecto de principio 19 se ha ubicado en la tercera parte, que contiene proyectos de principio aplicables durante un conflicto armado. Esta ubicación refleja las situaciones en las que es más probable que se aplique la Convención, aunque la prohibición prevista en la Convención sea más amplia y abarque también otros fines hostiles de la utilización de las técnicas de modificación ambiental.

6) La Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u Otros Fines Hostiles merece especial atención en el contexto del presente proyecto de principios por ser el primer y, hasta la fecha, único tratado internacional que se ocupa específicamente de los medios y los métodos de la guerra ambiental. La inclusión del proyecto de principio 19 en el proyecto de principios se entiende sin perjuicio de las normas convencionales o consuetudinarias de derecho internacional vigentes sobre armas específicas que tienen graves efectos en el medio ambiente.

## **Cuarta parte**

### **Principios aplicables en situaciones de ocupación**

#### **Introducción**

#### **Comentario**

1) Los tres proyectos de principio relativos a las situaciones de ocupación figuran, por separado, en una cuarta parte. La nueva categoría de proyectos de principio no tiene por objeto apartarse del enfoque temporal escogido para el tema, sino aportar una solución práctica que refleje la gran variedad de circunstancias que pueden calificarse de situación de ocupación. Si bien, en el derecho de los conflictos armados, la ocupación militar es una forma específica de conflicto armado internacional<sup>1270</sup>, las situaciones de ocupación difieren de los conflictos armados en muchos aspectos. En particular, las ocupaciones no suelen caracterizarse por la existencia de hostilidades activas y pueden producirse incluso en situaciones en que las fuerzas armadas invasoras no encuentren resistencia armada<sup>1271</sup>. Una ocupación estable tiene muchas características similares a las de una situación posterior a un conflicto y, con el tiempo, sus circunstancias pueden incluso aproximarse a las propias del tiempo de paz<sup>1272</sup>. No obstante, las ocupaciones también pueden ser inestables y proclives a conflictos. La Potencia ocupante puede encontrar resistencia armada durante la ocupación, e incluso perder temporalmente el control de parte del territorio ocupado, sin que ello afecte a la calificación de la situación como de ocupación<sup>1273</sup>. Además, el inicio de una ocupación no coincide necesariamente con el inicio de un conflicto armado, ni tampoco coincide necesariamente el cese de las hostilidades activas con el fin de la ocupación. Por ello, se pueden establecer paralelismos entre las ocupaciones y los conflictos armados, por una parte, y las ocupaciones y las circunstancias posteriores a los conflictos, por otra, dependiendo de la naturaleza de la ocupación.

2) A pesar de esta variedad, todas las ocupaciones presentan ciertas características comunes, a saber, la transferencia de la autoridad sobre un determinado territorio de un Estado territorial, sin su consentimiento, a la Potencia ocupante. La interpretación asentada

<sup>1270</sup> Cabe recordar, en este contexto, que el final de un conflicto armado internacional viene determinado por el cese general de las operaciones militares o, en el caso de la ocupación, por la terminación de la ocupación. Véanse Convenio de Ginebra IV, art. 6, y Protocolo adicional I, art. 3 b). Véase también Reino Unido, Ministerio de Defensa, *The Manual of the Law of Armed Conflict...* (nota 1222 *supra*), pág. 277, párr. 11.8, y R. Kolb y S. Vité, *Le droit de l'occupation militaire, Perspectives historiques et enjeux juridiques actuels* (Bruselas, Bruylant, 2009), pág. 166.

<sup>1271</sup> Convenio de Ginebra IV, art. 2.

<sup>1272</sup> A. Roberts, "Prolonged military occupation: the Israeli-occupied territories since 1967", *American Journal of International Law*, vol. 84 (1990), págs. 44 a 103, en especial pág. 47. El artículo menciona varios casos de ocupación de más de cinco años de duración en el período transcurrido desde la Segunda Guerra Mundial.

<sup>1273</sup> Comentario del CICR (2016) al Convenio de Ginebra I, art. 2, párr. 302. Véase, asimismo, Reino Unido, Ministerio de Defensa, *The Manual of the Law of Armed Conflict...* (nota 1222 *supra*), pág. 277, párr. 11.7.1.



del concepto de ocupación se basa en el artículo 42 del Reglamento de La Haya<sup>1274</sup>, según el cual “[s]e considera como ocupado un territorio cuando se encuentra colocado de hecho bajo la autoridad del ejército enemigo. La ocupación no se extiende sino a los territorios donde esa autoridad esté establecida y en condiciones de ejercerse”. Según el fallo en la causa relativa a las *Actividades armadas en el territorio del Congo*, era necesario “no solo que las fuerzas armadas ugandesas en la República Democrática del Congo hubieran estado estacionadas en determinados lugares, sino también que hubieran sustituido a la autoridad del Gobierno congoleño por la suya propia”<sup>1275</sup>. La autoridad, en este contexto, es un concepto basado en hechos: la ocupación no transfiere la soberanía al ocupante, sino simplemente la autoridad o el poder para ejercer algunos de los derechos de soberanía<sup>1276</sup>.

3) Una vez establecida en el territorio de un Estado ocupado, al menos cuando todo el territorio está ocupado, la autoridad temporal de la Potencia ocupante se extiende a las zonas marítimas adyacentes sobre las que el Estado territorial esté facultado para ejercer derechos soberanos. Del mismo modo, la autoridad de la Potencia ocupante puede extenderse al espacio aéreo sobre el territorio ocupado y el mar territorial. Esa autoridad pone de relieve la obligación de la Potencia ocupante de adoptar medidas apropiadas para prevenir los daños ambientales transfronterizos<sup>1277</sup>.

4) La consideración de un territorio como ocupado es a menudo objeto de controversia, en particular en las situaciones en las que la Potencia ocupante se apoya en un gobierno local sustituto y de transición o en un grupo rebelde para ejercer el control sobre el territorio ocupado<sup>1278</sup>. Se reconoce ampliamente que el derecho relativo a la ocupación es aplicable en esas situaciones siempre que el sustituto local que actúa en nombre de un Estado ejerza un control efectivo sobre el territorio ocupado<sup>1279</sup>. La posibilidad de esa “ocupación indirecta” ha sido reconocida por el Tribunal Penal Internacional para la

<sup>1274</sup> Reglamento de La Haya, art. 42. La definición que figura en el artículo 42 ha sido confirmada por la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, que la han considerado el criterio exclusivo para determinar la existencia de una situación de ocupación con arreglo al derecho de los conflictos armados. Véanse, respectivamente, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, págs. 136 y ss., en especial pág. 167, párr. 78, y *Prosecutor v. Mladen Naletilić, aka “TUTA”, and Vinko Martinović, aka “ŠTELA”*, causa núm. IT-98-34-T, fallo de 31 de marzo de 2003, Sala de Primera Instancia, párr. 215. Véase también el comentario del CICR (2016) al Convenio de Ginebra I, art. 2, párr. 298.

<sup>1275</sup> *Armed Activities on the Territory of the Congo* (véase la nota 1241 *supra*), párr. 173; véase, asimismo, Reino Unido, Ministerio de Defensa, *The Manual of the Law of Armed Conflict...* (nota 1222 *supra*), pág. 275, párr. 11.3.

<sup>1276</sup> Estados Unidos, Departamento de Defensa, *Law of War Manual* (véase la nota 1222 *supra*), secc. 11.4, págs. 772 a 774. Véase también H.-P. Gasser y K. Dörmann, “Protection of the civilian population”, en D. Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law* (nota 1165 *supra*), págs. 231 a 320, en especial pág. 274, párr. 529.

<sup>1277</sup> *Manual of the Laws of Naval War* (Oxford, 9 de agosto de 1913), secc. VI, art. 88. Puede consultarse en <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/265?OpenDocument> (consulta realizada el 8 de julio de 2019). Véanse también Y. Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation* (Cambridge University Press, 2009), pág. 47; E. Benvenisti, *The International Law of Occupation*, 2ª ed. (Oxford University Press, 2012), pág. 55, donde se hace referencia a la práctica de varios ocupantes, y M. Sassòli, “The concept and the beginning of occupation”, en A. Clapham, P. Gaeta y M. Sassòli (eds.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary* (Oxford University Press, 2015), págs. 1389 a 1419, en especial pág. 1396.

<sup>1278</sup> Roberts, “Prolonged military occupation...” (véase la nota 1272 *supra*), pág. 95; Gasser y Dörmann, “Protection of the civilian population” (véase la nota 1276 *supra*), pág. 272.

<sup>1279</sup> Benvenisti, *The International Law of Occupation* (véase la nota 1277 *supra*), págs. 61 y 62. Véase, asimismo, CICR, “Occupation and other forms of administration of foreign territory”, informe de una reunión de expertos (2012), págs. 10 y 23 (se acogió favorablemente la teoría del control efectivo indirecto). Véase también Reino Unido, Ministerio de Defensa, *The Manual of the Law of Armed Conflict...* (nota 1222 *supra*), pág. 276, párr. 11.3.1 (donde se afirma que es probable). Véase también Kolb y Vité, *Le droit de l’occupation militaire...* (nota 1270 *supra*), pág. 181, así como el comentario del CICR (2016) al Convenio de Ginebra I, art. 2, párrs. 328 a 332.



ex-Yugoslavia<sup>1280</sup>, la Corte Internacional de Justicia<sup>1281</sup> y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>1282</sup>.

5) El derecho relativo a la ocupación es aplicable a las situaciones que cumplen los requisitos objetivos del control efectivo de un territorio extranjero, con independencia de que la Potencia ocupante invoque el régimen jurídico de la ocupación<sup>1283</sup>. También es aplicable a los territorios en situación poco clara que se encuentran bajo dominación extranjera<sup>1284</sup>. Del mismo modo, y de conformidad con la distinción fundamental entre el *ius ad bellum* y el *ius in bello*, el derecho relativo a la ocupación se aplica por igual a todas las ocupaciones, sean o no resultado de un uso de la fuerza lícito en el sentido del *ius ad bellum*<sup>1285</sup>. El derecho relativo a la ocupación también puede ser aplicable a la administración de un territorio por una organización internacional, siempre y cuando la situación cumpla los criterios del artículo 42 del Reglamento de La Haya<sup>1286</sup>. Incluso si no es así, como en el caso de las operaciones basadas en el consentimiento del Estado territorial, el derecho relativo a la ocupación puede proporcionar orientación e inspiración para la administración internacional del territorio, que implica el ejercicio sobre un territorio de funciones y facultades comparables a las que corresponden a una Potencia

<sup>1280</sup> Véase *Prosecutor v. Duško Tadić*, causa núm. IT-94-1-T, fallo en primera instancia, 7 de mayo de 1997, *Judicial Reports 1997*, párr. 584, donde se hace referencia a circunstancias en las que la Potencia extranjera “ocupa” determinado territorio u opera en él únicamente mediante los actos de órganos o agentes locales *de facto*. Véase también *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, causa núm. IT-95-14-T, fallo, 3 de marzo de 2000, *Judicial Reports 2000*, párrs. 149 y 150.

<sup>1281</sup> La Corte parece haber aceptado, en la causa relativa a las *Actividades armadas en el territorio del Congo*, que Uganda habría sido una Potencia ocupante en las zonas controladas y administradas por los movimientos rebeldes congoleños si esos grupos armados no estatales hubieran estado “bajo el control” de Uganda. Véase *Armed Activities on the Territory of the Congo* (nota 1241 *supra*), pág. 231, párr. 177. Véase también la opinión separada del Magistrado Kooijmans, *ibid.*, pág. 317, párr. 41.

<sup>1282</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha confirmado que la obligación de un Estado parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de garantizar los derechos y libertades consagrados en el Convenio en una zona situada fuera de su territorio nacional, sobre la que ejerce un control efectivo, se deriva del hecho mismo de ese control, con independencia de que se ejerza directamente, a través de sus fuerzas armadas, o por medio de una administración local subordinada, véase *Loizidou v. Turkey*, sentencia (fondo), 18 de diciembre de 1996, *Reports of Judgments and Decisions 1996-VI*, párr. 52.

<sup>1283</sup> *The Hostages Trial: Trial of Wilhelm List and Others*, causa núm. 47, Tribunal Militar de los Estados Unidos en Núremberg, *Law Reports of Trial of War Criminals*, vol. VIII (Londres, Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas, 1949, Londres), pág. 55, donde se afirma que la cuestión de si la invasión se ha convertido en una ocupación es una cuestión de hecho. Véanse también *Armed Activities on the Territory of the Congo* (nota 1241 *supra*), pág. 230, párr. 173; *Naletilić and Martinović* (nota 1274 *supra*), párr. 211, y comentario del CICR (2016) al Convenio de Ginebra I, art. 2, párr. 300.

<sup>1284</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall* (véase la nota 1274 *supra*), págs. 174 y 175, párr. 95.

<sup>1285</sup> Véase CICR: “Occupation and other forms of administration of foreign territory” (nota 1279 *supra*), prólogo de K. Dörmann, pág. 4. Del mismo modo, en los juicios por crímenes de guerra celebrados después de la Segunda Guerra Mundial se invocaron e interpretaron el Reglamento de La Haya y el derecho consuetudinario.

<sup>1286</sup> M. Sassòli, “Legislation and maintenance of public order and civil life by Occupying Powers”, *European Journal of International Law*, vol. 16 (2005), págs. 661 a 694, en especial pág. 688; T. Ferraro, “The applicability of the law of occupation to peace forces”, CICR e Instituto Internacional de Derecho Humanitario, *International Humanitarian Law, Human Rights and Peace Operations*, G. L. Beruto (ed.), 31ª Mesa Redonda sobre Problemas Actuales de Derecho Internacional Humanitario, San Remo, 4 a 6 de septiembre de 2008, *Proceedings*, págs. 133 a 156; D. Shrager, “The applicability of international humanitarian law to peace operations, from rejection to acceptance”, *ibid.*, págs. 90 a 99; S. Wills, “Occupation law and multi-national operations: problems and perspectives”, *British Yearbook of International Law*, vol. 77 (2006), págs. 256 a 332, Benvenisti, *The International Law of Occupation* (véase la nota 1277 *supra*), pág. 66. Véase también CICR, “Occupation and other forms of administration of foreign territory” (nota 1279 *supra*), págs. 33 y 34. No obstante, véase también una opinión más reservada en Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation* (nota 1277 *supra*), pág. 37.

ocupante con arreglo al derecho de los conflictos armados<sup>1287</sup>. El término “Potencia ocupante” utilizado en el presente proyecto de principios es suficientemente amplio para abarcar esos casos.

6) Si bien el tipo y la duración de la ocupación no afectan a la aplicabilidad del derecho relativo a la ocupación como *lex specialis*, las obligaciones que incumben a la Potencia ocupante en virtud del derecho relativo a la ocupación son, en cierta medida, específicas para cada contexto. Como se ha destacado en el comentario del CICR al artículo 2 común a los Convenios de Ginebra, las obligaciones negativas (prohibiciones principalmente) que impone el derecho relativo a la ocupación son de aplicación inmediata, mientras que la aplicación de las obligaciones positivas depende del nivel de control ejercido, de las limitaciones prevalentes en las fases iniciales de la ocupación, y de los recursos de que dispongan las fuerzas extranjeras<sup>1288</sup>. Así pues, se reconoce cierta flexibilidad en la aplicación del derecho relativo a la ocupación, y el alcance exacto de las obligaciones respectivas dependerá de la naturaleza y la duración de la ocupación. En otras palabras, las responsabilidades que incumben a la Potencia ocupante serán proporcionales a la duración de la ocupación<sup>1289</sup>. Además, si bien las ocupaciones prolongadas siguen rigiéndose por el derecho relativo a la ocupación, otros ámbitos del derecho, como el derecho de los derechos humanos y el derecho ambiental internacional, van ganando importancia a medida que pasa el tiempo.

7) Habida cuenta de la variedad de situaciones de ocupación, los proyectos de principio de las partes segunda, tercera y quinta son de aplicación, *mutatis mutandis*, a las situaciones de ocupación. Por ejemplo, los proyectos de principio de la segunda parte, relativos a las medidas que deben adoptarse con miras a mejorar la protección del medio ambiente en caso de conflicto armado, siguen siendo pertinentes con independencia de que haya o no un conflicto armado y de que este incluya o no una ocupación. En la medida en que los períodos de hostilidades intensas durante una ocupación se rigen por las normas relativas al desarrollo de las hostilidades, los proyectos de principio que figuran en la tercera parte, relativos a la protección del medio ambiente durante un conflicto armado, son directamente pertinentes; además, el medio ambiente de un territorio ocupado sigue gozando de la protección otorgada al medio ambiente durante un conflicto armado de conformidad con el derecho internacional aplicable, reflejada en el proyecto de principio 13. Los proyectos de principio de la quinta parte, que tratan de las situaciones posteriores a un conflicto armado, serán pertinentes sobre todo para las situaciones de ocupación prolongada. En cada una de las partes, los proyectos de principio pueden necesitar algunos ajustes, y de ahí la expresión *mutatis mutandis*.

## **Principio 20**

### **Obligaciones generales de la Potencia ocupante**

1. La Potencia ocupante respetará y protegerá el medio ambiente del territorio ocupado de conformidad con el derecho internacional aplicable y tendrá en cuenta las consideraciones ambientales en la administración de dicho territorio.

2. La Potencia ocupante adoptará medidas apropiadas para prevenir los daños sensibles al medio ambiente del territorio ocupado que es probable que sean perjudiciales para la salud y el bienestar de la población del territorio ocupado.

3. La Potencia ocupante respetará el derecho y las instituciones del territorio ocupado en lo que se refiere a la protección del medio ambiente y solo podrá introducir cambios dentro de los límites previstos por el derecho de los conflictos armados.

<sup>1287</sup> Gasser y Dörmann, “Protection of the civilian population” (véase la nota 1276 *supra*), pág. 267; Arai-Takahashi, *The Law of Occupation...* (véase la nota 1224 *supra*), pág. 605; M. Zwanenburg, “Substantial relevance of the law of occupation for peace operations”, CICR e Instituto Internacional de Derecho Humanitario, *International Humanitarian Law, Human Rights and Peace Operations* (véase la nota anterior), págs. 157 a 167.

<sup>1288</sup> Comentario del CICR (2016) al Convenio de Ginebra I, art. 2, párr. 322.

<sup>1289</sup> *Ibid.*

## Comentario

1) El párrafo 1 del proyecto de principio 20 establece la obligación general de la Potencia ocupante de respetar y proteger el medio ambiente del territorio ocupado y de tener en cuenta las consideraciones ambientales en la administración de dicho territorio. La disposición se basa en la obligación de la Potencia ocupante de velar por el bienestar de la población ocupada, derivada del artículo 43 del Reglamento de La Haya, que exige que la Potencia ocupante restablezca y mantenga el orden y la seguridad públicos en el territorio ocupado<sup>1290</sup>. La obligación de asegurar que la población del territorio ocupado lleve una vida lo más normal posible en esas circunstancias<sup>1291</sup> conlleva la protección del medio ambiente en cuanto función pública ampliamente reconocida del Estado moderno. Además, las cuestiones ambientales constituyen un interés esencial del soberano territorial<sup>1292</sup> que el Estado ocupante, en su calidad de autoridad provisional, debe respetar.

2) El derecho relativo a la ocupación es una rama del derecho de los conflictos armados, y el proyecto de principio 20 deberá interpretarse en el contexto del proyecto de principio 13, que dispone que “el medio ambiente natural se respetará y protegerá de conformidad con el derecho internacional aplicable y, en particular, el derecho de los conflictos armados”. Ambos proyectos de principio se refieren a la obligación de “respetar y proteger” el medio ambiente de conformidad con el derecho internacional aplicable, aunque el proyecto de principio 20 lo hace en el contexto más específico de la ocupación<sup>1293</sup>.

3) El término “derecho internacional aplicable” es, en particular, el derecho de los conflictos armados, pero también el derecho del medio ambiente y el derecho internacional de los derechos humanos. La aplicación simultánea del derecho de los derechos humanos es de especial importancia en las situaciones de ocupación. Cabe destacar que la Corte Internacional de Justicia ha interpretado que el respeto de las normas aplicables de ese derecho forma parte de las obligaciones de la Potencia ocupante de conformidad con el artículo 43 del Reglamento de La Haya<sup>1294</sup>. En cuanto a la aplicación del derecho ambiental,

<sup>1290</sup> Reglamento de La Haya, art. 43: “Desde el momento en que la autoridad legítima pase de hecho a manos del ocupante, este tomará todas las medidas que estén a su alcance a fin de restablecer y conservar, en cuanto sea posible, el orden y la vida públicos, respetando, salvo impedimento absoluto, las leyes vigentes en el país”. La versión en francés auténtica del artículo 43 utiliza la expresión “*l'ordre et la vie publics*” (“*public order and safety*” en inglés), por lo que la disposición se ha interpretado en el sentido de que se refiere no solamente a la seguridad física, sino también a las funciones sociales y transacciones ordinarias que constituyen la vida cotidiana: en otras palabras, a toda la vida social y económica de la región ocupada, véase M. S. McDougal y F. P. Feliciano, *Law and Minimum World Public Order: the Legal Regulation of International Coercion* (New Haven, Yale University, 1961), pág. 746. Véanse también Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation* (nota 1277 *supra*), pág. 89, y Sassòli, “Legislation and maintenance of public order...” (nota 1286 *supra*). Esta interpretación también viene respaldada por los trabajos preparatorios: en la Conferencia de Bruselas de 1874 se interpretó que la expresión “*vie publique*” se refería a “*des fonctions sociales, des transactions ordinaires qui constituent la vie de tous les jours*”. Véase Bélgica, Ministerio de Relaciones Exteriores, *Actes de la Conférence de Bruxelles de 1874 sur le projet d'une convention internationale concernant la guerre*, pág. 23. Puede consultarse en <https://babel.hathitrust.org/>.

<sup>1291</sup> T. Ferraro, “The law of occupation and human rights law: some selected issues”, en R. Kolb y G. Gaggioli (eds.), *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law* (Cheltenham, Edward Elgar, 2013), págs. 273 a 293, en especial pág. 279.

<sup>1292</sup> *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1997*, pág. 7, párr. 53.

<sup>1293</sup> Cabe asimismo hacer referencia a la Declaración de Río, que establece que “deben protegerse el medio ambiente y los recursos naturales de los pueblos sometidos a opresión, dominación y ocupación”. Véase la Declaración de Río, principio 23.

<sup>1294</sup> *Armed Activities on the Territory of the Congo* (véase la nota 1241 *supra*), pág. 231, párr. 178. Véase también pág. 243, párr. 216, donde la Corte confirma que los instrumentos internacionales de derechos humanos son aplicables respecto de los actos realizados por un Estado en ejercicio de su jurisdicción fuera de su territorio, “particularmente en los territorios ocupados”. Véase también *Legal Consequences of the Construction of a Wall* (nota 1274 *supra*), págs. 177 a 181, párrs. 102 a 113. Asimismo, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia ha declarado que, debido a la distinción entre una fase de hostilidades y una situación de ocupación, “las obligaciones de la Potencia ocupante son más onerosas que las que recaen sobre una parte en un conflicto armado

cabe hacer referencia a la opinión consultiva de 1996 de la Corte Internacional de Justicia sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, que proporciona un fundamento importante a la afirmación de que el derecho ambiental internacional consuetudinario y los tratados sobre la protección del medio ambiente siguen siendo de aplicación en situaciones de conflicto armado<sup>1295</sup>. Del mismo modo, en los artículos de la Comisión sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, de 2011, se indica que los tratados relativos a la protección internacional del medio ambiente, los tratados relativos a cursos de agua internacionales o a acuíferos y los tratados multilaterales normativos pueden seguir aplicándose durante un conflicto armado<sup>1296</sup>. Además, en la medida en que los acuerdos multilaterales sobre medio ambiente se ocupan de problemas ambientales de carácter transfronterizo o alcance mundial y han sido ampliamente ratificados, puede

internacional”, véase *Naletilić and Martinović* (nota 1274 *supra*), párr. 214. Véanse también Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Loizidou v. Turkey* (excepciones preliminares), sentencia, 23 de marzo de 1995, Serie A, núm. 310, párr. 62, y sentencia (fondo), 18 de diciembre de 1996 (nota 1282 *supra*), párr. 52; y *Al-Skeini and others v. United Kingdom* [Gran Sala], demanda núm. 55721/07, *Reports of Judgments and Decisions 2011*, párr. 94, donde se hace referencia al caso *Masacre de Mapiripán Vs. Colombia* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia, 15 de septiembre de 2005, Serie C, núm. 134, en apoyo del deber de investigar las supuestas violaciones del derecho a la vida en situaciones de conflicto armado y ocupación. La aplicabilidad de las normas de derechos humanos durante la ocupación también ha sido reconocida por el Comité de Derechos Humanos, véanse la observación general núm. 26 (1997) sobre la continuidad de las obligaciones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 40*, vol. I (A/53/40 (Vol. I)), anexo VII, párr. 4; la observación general núm. 29 (2001) sobre la suspensión de obligaciones durante un estado de excepción, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 40*, vol. I (A/56/40 (Vol. I)), anexo VI, párr. 3; y la observación general núm. 31 (2004) sobre la índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 40*, vol. I (A/59/40 (Vol. I)), anexo III, párr. 10. Véanse también Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observaciones finales: Israel, E/C.12/1/Add.69, 31 de agosto de 2001; y observaciones finales: Israel, E/C.12/ISR/CO/3, 16 de diciembre de 2011, así como el informe sobre la situación de los derechos humanos en Kuwait bajo la ocupación iraquí, elaborado por Sr. Walter Kälin, Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, de conformidad con la resolución 1991/67 de la Comisión, E/CN.4/1992/26, 16 de junio de 1992. Esta aplicabilidad también se ha respaldado ampliamente en la doctrina, véanse, por ejemplo, Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation* (nota 1277 *supra*), págs. 69 a 71; Kolb y Vité, *Le droit de l'occupation militaire...* (nota 1270 *supra*), págs. 299 a 332; A. Roberts, “Transformative military occupation: applying the laws of war and human rights”, *American Journal of International Law*, vol. 100 (2006), págs. 580 a 622; J. Cerone, “Human dignity in the line of fire: the application of international human rights law during armed conflict, occupation, and peace operations”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 39 (2006), págs. 1447 a 1510; Benvenisti, *The International Law of Occupation* (véase la nota 1277 *supra*), págs. 12 a 16; Arai-Takahashi, *The Law of Occupation...* (nota 1224 *supra*); N. Lubell, “Human rights obligations in military occupation”, *International Review of the Red Cross*, vol. 94 (2012), págs. 317 a 337; Ferraro, “The law of occupation and human rights law...” (nota 1291 *supra*), págs. 273 a 293; y M. Bothe, “The administration of occupied territory”, en Clapham, Gaeta y Sassòli (eds.), *The 1949 Geneva Conventions: a Commentary* (véase la nota 1277 *supra*), págs. 1455 a 1484. Puede verse un enfoque diferente en M. J. Dennis, “Application of human rights treaties extraterritorially in times of armed conflict and military occupation”, *American Journal of International Law*, vol. 99 (2005), págs. 119 a 141.

<sup>1295</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (véase la nota 1162 *supra*), págs. 241 a 243, párrs. 27 a 33.

<sup>1296</sup> Proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, *Anuario...*, 2011, vol. II (segunda parte), págs. 117 a 143, párrs. 100 y 101. Véase también CICR, Directrices sobre la Protección del Medio Ambiente en Tiempo de Conflicto Armado para Manuales y Programas de Instrucción Militares (nota 973 *supra*), directriz 5, que establece que “los acuerdos internacionales relativos al medio ambiente y las normas pertinentes del derecho consuetudinario podrán seguir siendo aplicables en tiempo de conflicto armado en la medida en que no sean incompatibles con el derecho aplicable a los conflictos armados. La existencia de un conflicto armado no afectará a las obligaciones relativas a la protección del medio ambiente respecto de los Estados que no sean parte en el conflicto (por ejemplo, los Estados vecinos) y respecto de las zonas que queden fuera de los límites de la jurisdicción nacional (por ejemplo, la alta mar), en la medida en que no sean incompatibles con el derecho aplicable a los conflictos armados”.

resultar difícil concebir su suspensión únicamente entre las partes en un conflicto<sup>1297</sup>. Las obligaciones dimanantes de esos tratados protegen un interés colectivo y vinculan frente a un grupo de Estados más amplio que los que participan en el conflicto o la ocupación<sup>1298</sup>.

4) El párrafo 1 también está relacionado con el proyecto de principio 15, titulado “Consideraciones ambientales”. La referencia a las consideraciones ambientales en ambas disposiciones encuentra su origen y fuente de inspiración en la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares*. Si bien la afirmación a que se alude en el comentario al proyecto de principio 15 se refiere al principio de proporcionalidad y a las normas sobre la necesidad militar, la Corte también sostuvo, en términos más generales, que “el derecho internacional vigente relativo a la protección y salvaguardia del medio ambiente identifica importantes factores ambientales que han de tenerse debidamente en cuenta en el contexto de la aplicación de los principios y normas del derecho aplicable en los conflictos armados”<sup>1299</sup>. Además, el Tribunal de Arbitraje ha afirmado que, cuando un Estado ejerce un derecho en el territorio de otro Estado en virtud del derecho internacional, las consideraciones relativas a la protección del medio ambiente también se tienen en cuenta<sup>1300</sup>. El término “consideraciones ambientales” utilizado en el párrafo 1 es comparable a las expresiones “factores ambientales” o “consideraciones relativas a la protección del medio ambiente” en el sentido de que no tiene un contenido específico. Es una noción genérica que, si bien se utiliza ampliamente, rara vez se ha definido<sup>1301</sup>. Por otra parte, las consideraciones ambientales dependen del contexto<sup>1302</sup> y evolucionan: no pueden permanecer estáticas en el tiempo, sino

<sup>1297</sup> K. Bannelier-Christakis, “International Law Commission and protection of the environment in times of armed conflict: a possibility for adjudication?”, *Journal of International Cooperation Studies*, vol. 20 (2013), págs. 129 a 145, en especial págs. 140 y 141; D. Dam-de Jong, *International Law and Governance of Natural Resources in Conflict and Post-Conflict Situations* (Cambridge, Cambridge University Press, 2015), págs. 110 y 111.

<sup>1298</sup> En el sentido del art. 48, párr. 1 a), de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, el comentario pertinente, párr. 7), se refiere a los tratados sobre el medio ambiente en este contexto. Véase *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 76 y 77, págs. 26 a 153, en especial pág. 135.

<sup>1299</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (véase la nota 1162 *supra*), pág. 243, párr. 33.

<sup>1300</sup> Laudo dictado en el arbitraje relativo al caso *Iron Rhine (“Ijzeren Rijn”) Railway* entre el Reino de Bélgica y el Reino de los Países Bajos, 24 de mayo de 2005, *Reports of International Arbitral Awards (U.N.R.I.A.A.)*, vol. XXVII, págs. 35 a 131 (*Iron Rhine*), párrs. 222 y 223. Véase también el laudo final sobre el caso *Indus Waters Kishenganga* entre el Pakistán y la India, 20 de diciembre de 2013, *U.N.R.I.A.A.*, vol. XXXI, págs. 1 a 358, por ejemplo los párrafos 101, 104 y 105. Puede consultarse en <https://pca-cpa.org/en/cases/20/> (consulta realizada el 8 de julio de 2019).

<sup>1301</sup> Véase, no obstante, Estados Unidos, Departamento de Defensa, *Dictionary of Military and Associated Terms* (2005), pág. 186, donde se definen las consideraciones ambientales como el espectro de medios, recursos o programas ambientales que pueden tener un impacto en la planificación y ejecución de operaciones militares o que se ven afectados por estas. Entre otros, se citan los factores del cumplimiento de las normas ambientales, la prevención de la contaminación, la conservación, la protección de los sitios históricos y culturales y la protección de la flora y la fauna. Puede consultarse en [www.jcs.mil/Doctrine/Joint-Doctrine-Pubs/Reference-Series/](http://www.jcs.mil/Doctrine/Joint-Doctrine-Pubs/Reference-Series/) (consulta realizada el 8 de julio de 2019).

<sup>1302</sup> Véanse ejemplos prácticos de consideraciones ambientales en el contexto de un conflicto armado en D. E. Mosher y otros, *Green Warriors: Army Environmental Considerations for Contingency Operations from Planning Through Post-Conflict* (RAND Corporation, 2008), págs. 71 y 72, donde se afirma que, habida cuenta de la importancia que se da a la conveniencia militar durante el combate, las responsabilidades ambientales de una unidad son bastante limitadas, y que la experiencia de las recientes operaciones de emergencia ha demostrado que las consideraciones ambientales son mucho más importantes en otros ámbitos, como los de los campamentos de base, la estabilidad y la reconstrucción, y el movimiento de fuerzas y material; pág. 75, donde se señala que el movimiento de fuerzas y material puede implicar importantes consideraciones ambientales; pág. 121, donde se afirma que la búsqueda de un equilibrio entre las consideraciones ambientales y otros factores que contribuyen al éxito de la misión es una tarea constante y requiere una mejora de la concienciación, la capacitación, la información, la doctrina y las directrices”, y pág. 126, donde se afirma que, por ejemplo, la experiencia en el Iraq señala la necesidad de contar con información de gran calidad sobre las condiciones y la infraestructura ambientales antes de iniciar una operación. Véase también ACNUR, *Environmental Guidelines* (nota 1057 *supra*), pág. 5, donde se afirma que deben tenerse en cuenta las consideraciones ambientales en casi todos los aspectos de la labor del ACNUR con los



que deben reflejar la evolución de la comprensión por el ser humano del medio ambiente y sus ecosistemas<sup>1303</sup>.

5) El párrafo 2 establece que la Potencia ocupante adoptará medidas apropiadas para prevenir los daños sensibles al medio ambiente del territorio ocupado que es probable que sean perjudiciales para la salud y el bienestar de la población del territorio ocupado. Esta disposición debe leerse en el contexto de la obligación general establecida en el párrafo 1. El párrafo 2 tiene por objeto indicar que los daños sensibles al medio ambiente de un territorio ocupado pueden tener consecuencias adversas para la población de dicho territorio, en particular en lo que respecta al disfrute de ciertos derechos humanos, como el derecho a la vida<sup>1304</sup>, el derecho a la salud<sup>1305</sup> o el derecho a la alimentación<sup>1306</sup>. En general,

---

refugiados y los repatriados. Véase además Comisión Europea, “Integración de las consideraciones medioambientales en otras políticas: balance del proceso de Cardiff”, documento COM(2004) 394 final.

<sup>1303</sup> Véase el párrafo 5) del comentario al proyecto de principio 15 *supra*.

<sup>1304</sup> Véase Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 6, párr. 1. Véase también Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 36 (2018), párr. 26 [esta observación general no se ha publicado aún, por lo que las citas y los números de párrafo pueden cambiar en la versión final], en la que el Comité cita la “degradación del medio ambiente” entre las condiciones generales en la sociedad que podrían suponer amenazas directas a la vida o impedir a las personas disfrutar de su derecho a la vida con dignidad. Véase también Comité de Derechos Humanos, observaciones finales: Israel (CCPR/C/ISR/CO/3), párr. 18. Véase además Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 20 de noviembre de 1989), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1577, núm. 27531, pág. 3, art. 6, párr. 1, que dispone que “[l]os Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”. En su observación general núm. 16, el Comité de los Derechos del Niño ha relacionado el derecho del niño a la vida con la degradación del medio ambiente y la contaminación provocadas por las actividades empresariales; véase observación general núm. 16 (2013) sobre las obligaciones de los Estados en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño (CRC/C/GC/16), párr. 19. Véase asimismo Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Nairobi, 27 de junio de 1981), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1520, núm. 26363, pág. 217, art. 4, que estipula que los seres humanos tienen derecho al respeto de su vida. En la causa *SERAP v. Nigeria*, el Tribunal de Justicia de la Comunidad de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental afirmó que la calidad de la vida humana dependía de la calidad del medio ambiente. Véase *Socio-Economic Rights and Accountability Project (SERAP) v. Nigeria*, sentencia núm. ECW/CCJ/JUD/18/12, 14 de diciembre de 2012, párr. 100. Véanse también Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, OEA, Res. XXX, 2 de mayo de 1948, reimpresa en *Documentos Básicos en materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, OEA/Ser.L/V/I.4 Rev. 9 (2003), art. 1; Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José, 22 de noviembre de 1969), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1144, núm. 17955, art. 4, párr. 1; y *Yanomami Vs. Brasil*, caso núm. 7615, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, resolución núm. 12/85, 5 de marzo de 1985, en la que se reconoce que un medio ambiente saludable y el derecho a la vida están interrelacionados. Véase también Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Medio Ambiente y Derechos Humanos* (nota 1182 *supra*), párrs. 55 y 59.

<sup>1305</sup> Véanse Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25, párr. 1; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12. Véase también Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 14 (2000) relativa al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12), *Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 2001, Suplemento núm. 2 (E/2001/22-E/C.12/2000/21)*, anexo IV, párr. 4. Véase también Comité sobre los Derechos del Niño, observación general núm. 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (CRC/C/GC/15), párrs. 49 y 50. Asimismo, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) consagra el derecho a la salud, y la jurisprudencia regional reconoce la conexión entre el derecho a la salud y la protección del medio ambiente en el contexto de los exámenes periódicos universales. Véase Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Mapping human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment: individual report on the General Assembly and the Human Rights Council, including the universal periodic review process”, informe núm. 6, diciembre de 2013, parte III C. Véase también el informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible (A/HRC/37/59).

<sup>1306</sup> Véase Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 11. Véase también Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 12 (1999) sobre el

los derechos humanos fundamentales están estrechamente vinculados a la protección de la calidad del suelo y el agua, así como de la biodiversidad, con objeto de que los ecosistemas sean viables y saludables<sup>1307</sup>.

6) El texto del párrafo 2 se basa en el párrafo 1 del artículo 55 del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra<sup>1308</sup> y en el derecho internacional de los derechos humanos. A diferencia del párrafo 1 del artículo 55, que se refiere a “la salud o la supervivencia” de la población, el presente párrafo utiliza la fórmula “la salud y el bienestar”. A este respecto, cabe mencionar los objetivos comunes de los derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho a la salud, por un lado, y el derecho relativo a la ocupación, por otro, como por ejemplo el bienestar de la población. Además, el concepto de “salud y bienestar” es utilizado sistemáticamente por la Organización Mundial de la Salud, que recuerda que la salud y el bienestar afectan a la sociedad de las generaciones presentes y futuras y dependen de la existencia de un medio ambiente saludable<sup>1309</sup>. Cabe también hacer referencia a la Declaración de Estocolmo, que reafirma “el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que [...] permita llevar una vida digna y gozar de bienestar”<sup>1310</sup>.

7) En cuanto al criterio de los “daños sensibles” que figura en el párrafo 2, cabe hacer referencia a la labor anterior de la Comisión sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas<sup>1311</sup> y la asignación de la pérdida en caso de producirse dicho daño<sup>1312</sup>. Así pues, los “daños sensibles” son “algo más que ‘detectable[s]’, pero sin necesidad de alcanzar el nivel de ‘grave[s]’ o ‘sustancial[es]’”<sup>1313</sup>. Esos daños deben tener efectos realmente perjudiciales para el medio ambiente. Al mismo tiempo, “la

---

derecho a una alimentación adecuada (art. 11), *Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 2001, Suplemento núm. 2 (E/2000/22-E/C.12/1999/11)*, anexo V, párr. 7, donde se determina que el concepto de adecuación está interrelacionado con la noción de sostenibilidad, lo que entraña la obligación de dar acceso a los alimentos a las generaciones futuras. Véanse también los párrafos 8 y 10, en los que se exige que los alimentos disponibles no tengan sustancias nocivas. Además, ese derecho se ha relacionado con el agotamiento de los recursos naturales tradicionalmente en manos de las comunidades indígenas. *Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 2001, Suplemento núm. 2 (E/2000/22-E/C.12/1999/11)*, párr. 337; *ibid.*, 2010, *Suplemento núm. 2 (E/2010/22-E/C.12/2009/3)*, párr. 372; *ibid.*, 2012, *Suplemento núm. 2 (E/2012/22-E/C.12/2011/3)*, párr. 268; *ibid.*, 2008, *Suplemento núm. 2 (E/2008/22-E/C.12/2007/3)*, párr. 436.

<sup>1307</sup> Véase, por ejemplo, Organización Mundial de la Salud, “Our planet, our health, our future: human health and the Rio Conventions: Biological Diversity, Climate Change and Desertification”, documento de debate, 2012, pág. 2, donde se reconoce el papel de la biodiversidad como base de la salud humana. Puede consultarse en [www.who.int/globalchange/publications/reports/health\\_riocventions.pdf](http://www.who.int/globalchange/publications/reports/health_riocventions.pdf) (consulta realizada el 8 de julio de 2019).

<sup>1308</sup> Véase Protocolo adicional I, art. 55, párr. 1: “En la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves. Esta protección incluye la prohibición de emplear métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen tales daños al medio ambiente natural, comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población”.

<sup>1309</sup> De conformidad con la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, “[l]a salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. La Constitución fue aprobada por la Conferencia Internacional de la Salud celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, y fue enmendada en 1977, 1984, 1994 y 2005; el texto consolidado puede consultarse en [www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_sp.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf) (consulta realizada el 8 de julio de 2019).

<sup>1310</sup> Declaración de Estocolmo, principio 1. Véase también *Environmental Guidelines* (nota 1057 *supra*), pág. 5, donde se afirma que el estado del medio ambiente influirá directamente en el bienestar de las personas que vivan en ese entorno.

<sup>1311</sup> Párrafos 1) a 7) del comentario al proyecto de artículo 2 del proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 97 y 98, págs. 162 y 163.

<sup>1312</sup> Párrafos 1) a 3) del comentario al principio 2 de los principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, *Anuario...*, 2006, vol. II (segunda parte), párrs. 66 y 67, págs. 71 y 72.

<sup>1313</sup> Párrafo 4) del comentario al proyecto de artículo 2 del proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 97 y 98, pág. 162 (en cursiva en el original).

determinación de [los] ‘daño[s] sensible[s]’ supone tanto unos criterios fácticos y objetivos como un juicio de valor”, que depende de las circunstancias del caso en particular<sup>1314</sup>. En el contexto del párrafo 2, los daños que es probable que sean perjudiciales para la salud y el bienestar de la población del territorio ocupado constituirán “daños sensibles”. Por consiguiente, no debe interpretarse que las dos oraciones del párrafo 2 establecen sendos umbrales acumulativos.

8) El párrafo 2 se refiere a “la población del territorio ocupado” en términos generales. Esa mención se ha armonizado con el párrafo 1 del artículo 55 del Protocolo adicional I, que habla de la “población” sin el adjetivo “civil”. Esa omisión, según el comentario del CICR, tiene por objeto “destacar que los daños causados al medio ambiente pueden prolongarse en el tiempo y afectan, sin distinción alguna, a toda la población”<sup>1315</sup>. Del mismo modo, la salud y el bienestar afectan a la sociedad de las generaciones presentes y futuras<sup>1316</sup>.

9) El párrafo 3 del proyecto de principio 20 dispone que la Potencia ocupante respetará el derecho y las instituciones del territorio ocupado en lo que se refiere a la protección del medio ambiente y solo podrá introducir cambios dentro de los límites previstos por el derecho de los conflictos armados<sup>1317</sup>. Con la expresión “el derecho y las instituciones” se pretende abarcar también las obligaciones internacionales del Estado ocupado<sup>1318</sup>. El párrafo se basa en las últimas palabras del artículo 43 del Reglamento de La Haya, “respetando, salvo impedimento absoluto, las leyes vigentes en el país”, así como en el artículo 64 del Convenio de Ginebra IV<sup>1319</sup>. Estas disposiciones incorporan el llamado

<sup>1314</sup> Párrafo 3) del comentario al principio 2 de los principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, *Anuario...*, 2006, vol. II (segunda parte), párrs. 66 y 67, pág. 72. En el contexto de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación (Nueva York, 21 de mayo de 1997), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 49 (A/51/49)*, vol. III, resolución 51/229, anexo), los “daños sensibles” se han definido de manera similar como “el menoscabo real de un uso, establecido por pruebas objetivas. Para que unos daños se consideren sensibles no deben ser triviales, pero no tienen que alcanzar el nivel de sustanciales; lo que debe determinarse caso por caso”. Véase “No significant harm rule”, ficha informativa para el usuario, núm. 5. Puede consultarse en [www.unwatercoursesconvention.org/documents/UNWC-Fact-Sheet-5-No-Significant-Harm-Rule.pdf](http://www.unwatercoursesconvention.org/documents/UNWC-Fact-Sheet-5-No-Significant-Harm-Rule.pdf) (consulta realizada el 8 de julio de 2019).

<sup>1315</sup> Comentario del CICR (1987) al Protocolo adicional I, art. 55, párr. 1, pág. 927, párr. 2134. Véase también C. Payne, “Defining the environment: environmental integrity” (nota 1180 *supra*), pág. 58, donde se afirma que se empleó la palabra “población” sin el adjetivo habitual “civil” porque la supervivencia o la salud futuras de la población en general, se trate o no de combatientes, podía estar en peligro, y que la población podía ser la población actual o futura, en el sentido de que se contemplaba la supervivencia tanto a corto como a largo plazo.

<sup>1316</sup> Véase *Health 2020, Health and well-being – a common purpose, a shared responsibility* (Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud para Europa, 2012), pág. 1.

<sup>1317</sup> Los derechos ambientales han sido reconocidos a nivel nacional en las constituciones de más de un centenar de Estados. No obstante, existen diferencias importantes en la forma en que se conciben los respectivos derechos y deberes. Véase P. Sands, *Principles of International Environmental Law* (nota 1172 *supra*), pág. 816. Se puede consultar una lista de las constituciones pertinentes en Earthjustice, *Environmental Rights Report 2008*, en <http://earthjustice.org/sites/default/files/library/reports/2008-environmental-rights-report.pdf> (apéndice) (consulta realizada el 8 de julio de 2019).

<sup>1318</sup> Los principales acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente han recibido un gran número de ratificaciones. Véase <https://research.un.org/en/docs/environment/treaties>.

<sup>1319</sup> El artículo 64 del Convenio de Ginebra IV establece lo siguiente:

“Permanecerá en vigor la legislación penal del territorio ocupado, salvo en la medida en que pueda derogarla o suspenderla la Potencia ocupante, si tal legislación es una amenaza para su seguridad o un obstáculo para la aplicación del presente Convenio. A reserva de esta última consideración y de la necesidad de garantizar la administración efectiva de la justicia, los tribunales del territorio ocupado continuarán actuando con respecto a todas las infracciones previstas en tal legislación.

Sin embargo, la Potencia ocupante podrá imponer a la población del territorio ocupado las disposiciones que sean indispensables para permitirle cumplir las obligaciones derivadas del presente Convenio, y garantizar la administración normal del territorio y la seguridad, sea de la Potencia ocupante sea de los miembros y de los bienes de las fuerzas o de



principio conservacionista, que pone de relieve el carácter temporal de la ocupación y la necesidad de mantener el *statu quo ante*.

10) A pesar de su estricta redacción, las dos disposiciones se han interpretado en el sentido de que reconocen a la Potencia ocupante la competencia de legislar, cuando resulte necesario para el mantenimiento del orden público y la vida civil, y de modificar la legislación que sea contraria a las normas de derechos humanos establecidas<sup>1320</sup>. En el comentario del CICR al artículo 47 del Convenio de Ginebra IV se señala que cabe imaginar que algunos cambios en las instituciones sean necesarios e, incluso, supongan una mejora, y se explica que la finalidad del texto en cuestión era proteger a los seres humanos, y no a las instituciones políticas y la estructura gubernamental del Estado como tal<sup>1321</sup>. Además, es evidente que la “vida civil” y la “administración normal” son conceptos evolutivos, comparables a los de “bienestar y desarrollo” o “misión sagrada” que la Corte Internacional de Justicia calificó de “evolutivos por definición” en su opinión consultiva sobre *Namibia*<sup>1322</sup>. Cuanto más dura la ocupación, más evidente es la necesidad de tomar medidas proactivas y permitir que la Potencia ocupante cumpla los deberes que le impone el derecho relativo a la ocupación, lo que, entre otras cosas, supone obrar en beneficio de la población del territorio ocupado<sup>1323</sup>. Al mismo tiempo, la Potencia ocupante no puede asumir la función de legislador soberano.

---

la administración de ocupación, así como de los establecimientos y de las líneas de comunicación que ella utilice”. En el comentario del CICR se señala que, a pesar de la referencia a la legislación penal, las autoridades de ocupación están obligadas a respetar toda la legislación del territorio ocupado; véase el comentario del CICR (1958) al Convenio de Ginebra IV, art. 64, pág. 335; véase también Sassòli, “Legislation and maintenance of public order...” (nota 1286 *supra*), pág. 669; véase asimismo, Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation* (nota 1277 *supra*), pág. 111; Benvenisti, *The International Law of Occupation* (véase la nota 1277 *supra*), pág. 101; Kolb y Vité, *Le droit de l'occupation militaire...* (nota 1270 *supra*), págs. 192 a 194.

<sup>1320</sup> Sassòli, “Legislation and maintenance of public order...” (véase la nota 1286 *supra*), pág. 663. Véase también Reino Unido, Ministerio de Defensa, *The Manual of the Law of Armed Conflict...* (nota 1222 *supra*), pág. 284, párr. 11.25, donde se reconoce que podría ser necesario aprobar nueva legislación en razón de las exigencias del conflicto armado, el mantenimiento del orden o el bienestar de la población. Véase asimismo McDougal y Feliciano, *Law and Minimum World Public Order...* (nota 1290 *supra*), pág. 757.

<sup>1321</sup> Comentario del CICR (1958) al Convenio de Ginebra IV, art. 47, pág. 274.

<sup>1322</sup> *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. 31, párr. 53. Véase, asimismo, *Aegean Sea Continental Shelf*, fallo, I.C.J. Reports 1978, págs. 3 y ss., en especial pág. 32, párr. 77, en que la Corte sostuvo que el sentido de algunos términos genéricos “debía seguir la evolución del derecho y corresponderse en todo momento con el sentido que les diera el derecho vigente”. Véase también Organización Mundial del Comercio, *Estados Unidos – Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos*, WT/DS58/AB/R (Informe del Órgano de Apelación), 6 de noviembre de 1998, *Dispute Settlement Reports*, vol. VII (1998), pág. 2755, párr. 129, donde se afirma que la expresión “recursos naturales agotables” debe interpretarse a la luz de las preocupaciones contemporáneas por la protección y conservación del medio ambiente. Puede consultarse en <https://docs.wto.org>; Corte Permanente de Arbitraje, laudo en el arbitraje del caso *Iron Rhine* (nota 1300 *supra*), párrs. 79 a 81. Véase también la labor de la Comisión sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, comentario al proyecto de conclusión 3 (Interpretación de los términos de un tratado como susceptibles de evolucionar con el tiempo), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10)*, párr. 39, págs. 25 a 32.

<sup>1323</sup> E. H. Feilchenfeld, *The International Economic Law of Belligerent Occupation* (Washington D. C., Carnegie Endowment for International Peace, 1942), pág. 49, quien apunta a la necesidad de modificar la legislación tributaria en toda ocupación que se prolongue varios años, señalando que la total indiferencia hacia esas realidades puede perfectamente afectar al bienestar del país y, en última instancia, al “orden y la vida públicos” en el sentido del artículo 43. Véase asimismo McDougal y Feliciano, *Law and Minimum World Public Order...* (nota 1290 *supra*), pág. 746. Véase también CICR, “Occupation and other forms of administration of foreign territory” (nota 1279 *supra*), pág. 58, donde se destaca la capacidad del ocupante de legislar para cumplir las obligaciones que le incumben en virtud del Convenio de Ginebra IV o para mejorar la vida civil en el territorio ocupado. No obstante, Sassòli, “Legislation and maintenance of public order...” (véase la nota 1286 *supra*),

11) En el párrafo 3 se tiene en cuenta que los conflictos armados pueden haber sometido al medio ambiente del Estado ocupado a una presión considerable y haber provocado un colapso institucional, que es una característica común de muchos conflictos armados<sup>1324</sup>, y se reconoce que la Potencia ocupante puede tener que adoptar medidas proactivas para hacer frente a los problemas ambientales inmediatos. Cuanto más prolongada sea la ocupación, más habrá que diversificar las medidas para proteger el medio ambiente. Además, dado que esas medidas proactivas tendrían unos objetivos limitados, en el caso de una ocupación prolongada sería conveniente implicar a la población del territorio ocupado en la toma de decisiones<sup>1325</sup>.

12) Así pues, si bien puede ser necesario intervenir activamente en el derecho y las instituciones del territorio ocupado en lo que se refiere al medio ambiente, la Potencia ocupante no podrá introducir cambios permanentes en las instituciones fundamentales del país y deberá tener en cuenta un conjunto limitado de consideraciones: el orden público, la vida civil y el bienestar en el territorio ocupado<sup>1326</sup>. La expresión “dentro de los límites previstos por el derecho de los conflictos armados” del párrafo 3 también remite al artículo 64 del Convenio de Ginebra IV. Según esta disposición, podrán cambiarse las leyes locales cuando ello sea indispensable: a) para que la Potencia ocupante pueda cumplir las obligaciones que le incumben en virtud del Convenio; b) para garantizar la administración normal del territorio; o c) para garantizar la seguridad de las fuerzas o la administración de ocupación<sup>1327</sup>.

### **Principio 21**

#### **Utilización sostenible de los recursos naturales**

En tanto que se permita a la Potencia ocupante administrar y utilizar los recursos naturales de un territorio ocupado en beneficio de la población del territorio ocupado y con otros fines lícitos con arreglo al derecho de los conflictos armados, aquella lo hará de forma que asegure su utilización sostenible y reduzca al mínimo los daños ambientales.

### **Comentario**

1) El propósito del proyecto de principio 21 es establecer las obligaciones de la Potencia ocupante con respecto a la utilización sostenible de los recursos naturales. Como

---

pág. 676, sostiene que el ocupante debe introducir únicamente los cambios que sean absolutamente necesarios con arreglo a sus obligaciones en materia de derechos humanos.

<sup>1324</sup> Véase Jensen y Lonergan, “Natural resources and post-conflict assessment, remediation, restoration and reconstruction: lessons and emerging issues” (nota 1065 *supra*), pág. 415. Véase también K. Conca y J. Wallace, “Environment and peacebuilding in war-torn societies: lessons from the UN Environment Programme’s experience with post-conflict assessment”, en *Assessing and Restoring Natural Resources in Post-Conflict Peacebuilding* (nota 1065 *supra*), págs. 63 a 84.

<sup>1325</sup> Véase la Declaración de Río, principio 10: “El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”. Véanse también los principios marco sobre los derechos humanos y el medio ambiente (A/HRC/37/59, anexo), principio 9: “Los Estados deben prever y facilitar la participación pública en el proceso de adopción de decisiones relacionadas con el medio ambiente y tener en cuenta las opiniones de la sociedad en ese proceso”. Véase además la Convención de Aarhus.

<sup>1326</sup> Feilchenfeld, *The International Economic Law of Belligerent Occupation* (nota 1323 *supra*), pág. 89. Véase también Ferraro, “The law of occupation and human rights law...” (nota 1291 *supra*), págs. 273 a 293; véase asimismo Tribunal Supremo de Israel: H.C. 351/80, *The Jerusalem District Electricity Company Ltd. v. a) Minister of Energy and Infrastructure, b) Commander of the Judea and Samaria Region* 35(23), Piskei Din 673, reimpresso parcialmente en *Israel Yearbook on Human Rights* (1981), págs. 354 a 358.

<sup>1327</sup> Convenio de Ginebra IV, art. 64.

se indica en la primera parte de la oración, el proyecto de principio es aplicable “en tanto que se permita a la Potencia ocupante administrar y utilizar los recursos naturales de un territorio ocupado”. La frase se refiere a los diversos límites establecidos por el derecho de los conflictos armados y otras normas del derecho internacional a la explotación de las riquezas y los recursos naturales del territorio ocupado.

2) La disposición se basa en el artículo 55 del Reglamento de La Haya, que señala que la Potencia ocupante no debe considerarse “sino como administrador[a] y usufructuari[a]” de los bienes inmuebles públicos del territorio ocupado<sup>1328</sup>. Tradicionalmente se ha interpretado que esta descripción prohíbe la destrucción por dilapidación o negligencia del valor en capital, ya sea por tala o explotación minera excesivas o por otra forma de explotación abusiva<sup>1329</sup>. Un límite similar, derivado de la naturaleza de la ocupación como administración temporal del territorio, impide a la Potencia ocupante utilizar los recursos del país o territorio ocupado para sus propios fines nacionales<sup>1330</sup>. Además, toda explotación de bienes se permite únicamente en la medida necesaria para sufragar los gastos de la ocupación, que no deben superar lo razonable para la economía del país<sup>1331</sup>.

3) En la segunda frase del proyecto de principio se señala explícitamente que la administración y utilización de los recursos naturales del territorio ocupado por la Potencia ocupante solo podrá hacerse “en beneficio de la población del territorio ocupado y con otros fines lícitos con arreglo al derecho de los conflictos armados”<sup>1332</sup>. En este contexto, la referencia a “la población del territorio ocupado” debe entenderse en el sentido del artículo 4 del Convenio de Ginebra IV, en el que se define a las personas protegidas como “[las] que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas”<sup>1333</sup>.

4) Otro límite que proporciona protección a los recursos naturales y a otros componentes del medio ambiente del territorio ocupado es la prohibición general de la destrucción o incautación de bienes, ya sean públicos o privados, muebles o inmuebles, en

<sup>1328</sup> Véase el Reglamento de La Haya, art. 55: “El Estado ocupante no debe considerarse sino como administrador y usufructuario de los edificios públicos, inmuebles, bosques y explotaciones agrícolas que pertenezcan al Estado enemigo y se encuentren en el país ocupado. Deberá defender el capital de esas empresas y administrar conforme a las reglas del usufructo”.

<sup>1329</sup> J. Stone, *Legal Controls of International Conflict: a Treatise on the Dynamics of Disputes and War-Law* (Londres, Stevens and Sons Limited, 1954), pág. 714. Véanse también G. von Glahn, *The Occupation of Enemy Territory: A Commentary on the Law and Practice of Belligerent Occupation* (Minneapolis, University of Minnesota Press, 1957), pág. 177, quien hace hincapié en que la Potencia ocupante no tiene permitido explotar bienes inmuebles más allá de su uso normal ni puede realizar una tala superior a la que se hacía antes de la ocupación, y L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, vol. II, *War and Neutrality*, 2ª ed. (Londres, Longmans, Green and Co., 1912), pág. 175, quien señala que la Potencia ocupante tiene prohibido ejercer su derecho de una manera que suponga dilapidación o negligencia que reduzca el valor de las existencias y de la planta y no debe talar un bosque entero a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo.

<sup>1330</sup> Singapur, Tribunal de Apelaciones, *N.V. de Bataafsche Petroleum Maatschappij and Others v. The War Damage Commission*, 13 de abril de 1956, Reports: 1956 Singapore Law Reports, pág. 65; publicado en *International Law Reports*, vol. 23 (1960), págs. 810 a 849, en especial pág. 822 (causa *Singapore Oil Stocks*); *In re Krupp and Others*, sentencia de 30 de junio de 1948, *Trials of War Criminals before the Nürnberg Military Tribunals*, vol. IX, pág. 1340.

<sup>1331</sup> *The United States of America and Others v. Goering and Others*, sentencia de 1 de octubre de 1946, en *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, vol. I (Núremberg, 1947), pág. 239.

<sup>1332</sup> Como ha resumido el Instituto de Derecho Internacional, la Potencia ocupante solo puede disponer de los recursos del territorio ocupado en la medida necesaria para su administración y para satisfacer las necesidades básicas de la población. Véase Instituto de Derecho Internacional, *Yearbook*, vol. 67, segunda parte, período de sesiones de Brujas (2003), págs. 285 y ss.; puede consultarse en [www.idi-iil.org](http://www.idi-iil.org), declaraciones, pág. 288.

<sup>1333</sup> Convenio de Ginebra IV, art. 4. Véase también el comentario del CICR (1958) al Convenio de Ginebra IV, art. 4, pág. 45, según el cual hay dos clases principales de civiles cuya protección contra la actuación arbitraria del enemigo es esencial en tiempo de guerra: por una parte, las personas de nacionalidad enemiga que viven en el territorio de un Estado beligerante y, por otra, los habitantes de los territorios ocupados.

el territorio ocupado, a menos que tal destrucción o incautación sea absolutamente necesaria a causa de las operaciones militares (o, con respecto a la incautación de bienes públicos muebles, sea necesaria para las operaciones militares)<sup>1334</sup>. La prohibición del pillaje de recursos naturales es además aplicable en situaciones de ocupación<sup>1335</sup>. “La destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario” también constituyen violaciones graves con arreglo al artículo 147 del Convenio de Ginebra IV (véase también el artículo 53) y están tipificadas como crimen de guerra de “*pillaging*” (saqueo) en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional<sup>1336</sup>.

5) El principio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales también incide en la interpretación del artículo 55 del Reglamento de La Haya. De acuerdo con este principio, consagrado tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que se derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia<sup>1337</sup>. La Corte Internacional de Justicia ha confirmado el carácter consuetudinario de este principio<sup>1338</sup>. Del mismo modo, cabe invocar el principio de la libre determinación en relación con la explotación de los recursos naturales de territorios ocupados, en particular en el caso de territorios que no forman parte de ningún Estado establecido<sup>1339</sup>.

6) Si bien tradicionalmente se ha considerado que el derecho de usufructo es aplicable a la explotación de todo tipo de recursos naturales, incluidos los no renovables<sup>1340</sup>, los diversos límites señalados permiten restringir los derechos de la Potencia ocupante a explotar los recursos naturales del territorio ocupado. Esos límites también se reflejan en el uso del verbo “permita”.

7) La última frase del proyecto de principio 21 se refiere a las situaciones en las que se permite a la Potencia ocupante administrar y utilizar los recursos naturales del territorio ocupado. Establece la obligación de hacerlo de forma que se asegure la utilización sostenible de esos recursos y se reduzcan al mínimo los daños ambientales. Este requisito se basa en el deber que incumbe a la Potencia ocupante, en virtud del artículo 55 del Reglamento de La Haya, de salvaguardar el capital de los bienes inmuebles públicos, que durante mucho tiempo se ha interpretado que entraña ciertas obligaciones con respecto a la protección de los recursos naturales del territorio ocupado. A la luz del desarrollo del marco

<sup>1334</sup> Art. 23 g) y art. 53 del Reglamento de La Haya y art. 53 del Convenio de Ginebra IV.

<sup>1335</sup> Véanse *supra* el proyecto de principio 18 y su comentario.

<sup>1336</sup> Estatuto de Roma, art. 8, párr. 2 a) iv) y b) xiii).

<sup>1337</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 1, párr. 2; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 1, párr. 2. Véanse también las resoluciones de la Asamblea General 1803 (XVII), de 14 de diciembre de 1962; 3201 (S-VI), de 1 de mayo de 1974 (Declaración sobre el Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional); y 3281 (XXIX), de 12 de diciembre de 1974 (Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados).

<sup>1338</sup> *Armed Activities on the Territory of the Congo* (nota 1241 *supra*), pág. 251, párr. 244.

<sup>1339</sup> En la opinión consultiva sobre el Muro, la Corte Internacional de Justicia afirmó que la construcción del muro, así como otras medidas adoptadas por el Estado ocupante, “menoscababa gravemente el ejercicio por el pueblo palestino de su derecho a la libre determinación”: *Legal Consequences of the Construction of a Wall* (véase la nota 1274 *supra*), pág. 184, párr. 122. También se hizo referencia al derecho a la libre determinación en las opiniones consultivas sobre *Namibia* (véase la nota 1322 *supra*), pág. 31, párrs. 52 y 53, y *Western Sahara*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1975*, págs. 12 y ss., en especial págs. 32 y 33, párrs. 56 a 59, así como en la causa relativa a Timor Oriental, en que la Corte afirmó el carácter *erga omnes* del principio, véase *East Timor (Portugal v. Australia)*, fallo, *I.C.J. Reports 1995*, págs. 90 y ss., en especial pág. 102, párr. 29.

<sup>1340</sup> Feilchenfeld, *The International Economic Law of Belligerent Occupation* (véase la nota 1323 *supra*), pág. 55. Véanse también Oppenheim, *International Law...* (nota 1329 *supra*), pág. 175, y Von Glahn, *The Occupation of Enemy Territory...* (nota 1329 *supra*), pág. 177. Véase, asimismo, Reino Unido, Ministerio de Defensa, *The Manual of the Law of Armed Conflict...* (nota 1222 *supra*), pág. 303, párr. 11.86.

jurídico internacional para la explotación y conservación de los recursos naturales, debe considerarse que la sostenibilidad y las consideraciones ambientales son elementos integrantes del deber del Estado ocupante de salvaguardar el capital. A este respecto, cabe hacer referencia al fallo en la causa relativa al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, en el que la Corte Internacional de Justicia, al interpretar un tratado anterior a ciertas normas recientes de derecho ambiental, aceptó que “el Tratado no es estático y puede adaptarse a las nuevas normas de derecho internacional”<sup>1341</sup>. Además, un tribunal de arbitraje ha afirmado que han de tenerse en cuenta los principios del derecho ambiental internacional incluso cuando se interpreten tratados celebrados antes del desarrollo de ese corpus de derecho<sup>1342</sup>.

8) La noción de uso sostenible de los recursos naturales puede considerarse, en este sentido, como el equivalente moderno del concepto de “usufructo”, que es, en esencia, una norma de buena administración, según la cual la Potencia ocupante “no debe excederse de lo que es necesario o habitual”<sup>1343</sup> en la explotación del recurso de que se trate. Ello quiere decir que la Potencia ocupante debe actuar con cautela en la explotación de los recursos no renovables, sin superar los niveles de producción anteriores a la ocupación, y explotar los recursos renovables de una manera que asegure su utilización a largo plazo y su capacidad de regeneración.

9) El concepto de reducción al mínimo de los daños ambientales se deriva del propósito del proyecto de principios. Cabe destacar que el proyecto de principio 2 establece que el proyecto de principios tiene por objeto mejorar la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados, entre otras cosas con medidas preventivas para reducir al mínimo los daños al medio ambiente durante un conflicto armado y con medidas de reparación. Si bien la obligación de asegurar la utilización sostenible de los recursos naturales es más pertinente a largo plazo, la utilización de los recursos naturales y la necesidad de reducir al mínimo los daños ambientales son relevantes tanto en las ocupaciones a corto plazo como en las más prolongadas.

## **Principio 22**

### **Debida diligencia**

La Potencia ocupante actuará con la debida diligencia para que las actividades en el territorio ocupado no causen daños sensibles al medio ambiente de zonas situadas fuera del territorio ocupado.

<sup>1341</sup> *Gabčíkovo-Nagymaros* (véase la nota 1292 *supra*), págs. 67 y 68, párr. 112. Véase también la pág. 78, párr. 140, en el que la Corte señala que, siempre que sea necesario para la aplicación de un tratado, “han de tenerse en cuenta las nuevas normas y considerarse debidamente los nuevos principios”.

Además, véase Corte Permanente de Arbitraje, laudo en el caso *Iron Rhine* (nota 1300 *supra*), en el que la Corte aplicó conceptos de derecho ambiental internacional consuetudinario a tratados que se remontaban a mediados del siglo XIX.

<sup>1342</sup> *Indus Waters Kishenganga* (véase la nota 1300 *supra*), párr. 452, donde la Corte sostuvo que había quedado establecido que debían tenerse en cuenta los principios del derecho internacional del medio ambiente incluso cuando se interpretaran tratados celebrados antes del desarrollo de ese corpus de derecho, por lo que la Corte debía interpretar y aplicar el Tratado de 1960 a la luz de los principios internacionales consuetudinarios de protección del medio ambiente vigentes en la actualidad. Además, la Asociación de Derecho Internacional ha señalado que los tratados y las normas de derecho internacional consuetudinario deben interpretarse a la luz de los principios del desarrollo sostenible, a menos que ello sea contrario a una disposición clara del tratado o sea de otro modo inapropiado, al afirmar que las interpretaciones que pueda parecer que menoscaban el objetivo del desarrollo sostenible solo deberían tener prioridad cuando lo contrario socavara los aspectos fundamentales del orden jurídico mundial, infringiera de otro modo los términos expresos de un tratado o violara una norma de *ius cogens*. Véase International Law Association, Comité de Derecho Internacional sobre el Desarrollo Sostenible, resolución núm. 7 (2012), anexo (Declaración de orientación de Sofía), párr. 2.

<sup>1343</sup> *The Law of War on Land Being Part III of the Manual of Military Law* (Gran Bretaña, Ministerio de Guerra, 1958), art. 610. Véase, asimismo, Reino Unido, Ministerio de Defensa, *The Manual of the Law of Armed Conflict...* (nota 1222 *supra*), pág. 303, párr. 11.86.



## Comentario

- 1) El proyecto de principio 22 contiene el principio establecido de que cada Estado tiene la obligación de no causar daños sensibles al medio ambiente de otros Estados o de zonas fuera de la jurisdicción nacional. La Corte Internacional de Justicia citó este principio en la causa relativa a la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares* y confirmó su naturaleza consuetudinaria, afirmando que la obligación general de que los Estados velen por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción y bajo su control respeten el medio ambiente de otros Estados y de zonas fuera del control nacional “forma parte del corpus de derecho internacional relativo al medio ambiente”<sup>1344</sup>.
- 2) La obligación de no causar daños sensibles al medio ambiente de otros Estados es una obligación ya asentada en el ámbito transfronterizo y ha sido particularmente pertinente con respecto a los recursos naturales compartidos, como las zonas marinas, los cursos de agua internacionales y los acuíferos transfronterizos. Esta obligación está expresamente enunciada en la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación y en el Convenio sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales, así como en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar<sup>1345</sup>. Numerosos tratados regionales establecen las correspondientes obligaciones de prevención, cooperación, notificación o indemnización con respecto a los daños causados a ríos o lagos<sup>1346</sup>. La jurisprudencia internacional y regional también ha confirmado este principio<sup>1347</sup>.
- 3) Por otra parte, la Comisión ha incluido este principio en su proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas<sup>1348</sup>. Según

<sup>1344</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (véase la nota 1162 *supra*), págs. 241 y 242, párr. 29. El principio también se recoge en el principio 21 de la Declaración de Estocolmo y en el principio 2 de la Declaración de Río: véase la Declaración de Estocolmo, principio 21: “De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen [...] la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas fuera de toda jurisdicción nacional”. Véase además Sands, *Principles of International Environmental Law* (nota 1172 *supra*), pág. 206, así como U. Beyerlin, “Different types of norms in international environmental law: policies, principles and rules”, en D. Bodansky, J. Brunnée y E. Hey (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (Oxford, Oxford University Press, 2008), págs. 425 a 448, en especial pág. 439.

<sup>1345</sup> Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación (Nueva York, 21 de mayo de 1997), puede consultarse en <https://treaties.un.org> (Status of Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, cap. XXVII), art. 7; Convenio sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales (Helsinki, 17 de marzo de 1992), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1936, núm. 33207, pág. 269, art. 2; Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1833, pág. 447, art. 194, párr. 2.

<sup>1346</sup> Véanse, por ejemplo, el Convenio sobre la Protección del Rin (1999), el Acuerdo sobre el Plan de Acción para la Ordenación Ambientalmente Racional del Sistema Fluvial Común del Zambeze (1987), y el Acuerdo de Cooperación para el Desarrollo Sostenible de la Cuenca del Río Mekong (1995), todos disponibles en [www.ecolex.org](http://www.ecolex.org); y el Acuerdo revisado sobre la Calidad del Agua de los Grandes Lagos (Estados Unidos y Canadá, 2012), que puede consultarse en <https://ijc.org>.

<sup>1347</sup> Varias de las causas en las que la Corte Internacional de Justicia ha aclarado obligaciones ambientales estaban relacionadas con el uso y la protección de recursos hídricos como humedales o ríos; por ejemplo, las causas *Construction of a Road (Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua))* y *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, fallo, *I.C.J. Reports 2015*, pág. 665, y *Pulp Mills (Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay))*, fallo, *I.C.J. Reports 2010*, pág. 14, así como la causa *Gabčíkovo-Nagymaros* (véase la nota 1292 *supra*). Véase también *Indus Waters Kishenganga* (véase la nota 1300 *supra*), párrs. 449 y 450. Hay amplia jurisprudencia regional al respecto, que se puede consultar en [www.ecolex.org](http://www.ecolex.org).

<sup>1348</sup> Art. 3 de los artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 97 y 98, pág. 156: “El Estado de origen adoptará todas las medidas apropiadas para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo”.

el comentario correspondiente, la obligación de observar la debida diligencia como norma básica de la protección del medio ambiente contra los daños puede deducirse de varias convenciones internacionales<sup>1349</sup>.

4) En lo que respecta a la aplicabilidad de este principio en el contexto específico de la ocupación, cabe remitirse a la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre *Namibia*, en la que la Corte destacó las obligaciones y responsabilidades internacionales de Sudáfrica para con otros Estados en el ejercicio de sus facultades en relación con el territorio ocupado y afirmó que “el control físico de un territorio, y no la soberanía o la legitimidad del título, es la base de la responsabilidad del Estado por los actos que afectan a otros Estados”<sup>1350</sup>. Además, en su fallo en la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el río Uruguay*<sup>1351</sup>, así como en las causas conjuntas relativas a *Determinadas actividades* y a la *Construcción de una carretera*<sup>1352</sup>, la Corte se refirió a la obligación general de los Estados de velar por que las actividades llevadas a cabo dentro de su jurisdicción y bajo su control respeten el medio ambiente de otros Estados o de las zonas fuera del control nacional.

5) En el proyecto de artículos de la Comisión sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas se indica que esta obligación es de aplicación a las actividades realizadas en el territorio de un Estado o en otros lugares sujetos a su jurisdicción o control<sup>1353</sup>. Cabe recordar que la Comisión ha utilizado sistemáticamente esta formulación para hacer referencia no solo al territorio del Estado, sino también a las actividades llevadas a cabo en otros territorios bajo el control de este. Como se explica en el comentario al proyecto de artículo 1, “el concepto abarca situaciones en las que un Estado ejerce su jurisdicción *de facto* aun cuando carezca de jurisdicción *de iure*, como en los casos de intervención y ocupación ilícitas y de anexión”<sup>1354</sup>.

6) El principio de “no causar daño”, o principio de debida diligencia, en el derecho ambiental internacional consuetudinario se aplica únicamente a los daños que sobrepasan un determinado umbral, muy a menudo denominados “daños sensibles”<sup>1355</sup>, y es una obligación de comportamiento que exige que, en las situaciones de ocupación, la Potencia ocupante adopte todas las medidas que quepa razonablemente esperar de ella<sup>1356</sup>. La noción de daños sensibles se describe más arriba en el comentario al proyecto de principio 20<sup>1357</sup>.

7) El texto del proyecto de principio 22 se distingue de los precedentes establecidos en que habla del “medio ambiente de zonas situadas fuera del territorio ocupado”. Con esta fórmula se tienen en cuenta las situaciones en las que solo se ha ocupado una parte del territorio de un Estado, y no la totalidad de este. Se expresó la preocupación de que la expresión “al medio ambiente de otro Estado o a zonas fuera de la jurisdicción nacional” pudiera interpretarse en el sentido de que excluía el territorio de otras partes del Estado ocupado, por lo que se decidió indicar que el ámbito territorial de la disposición debía abarcar las “zonas situadas fuera del territorio ocupado”. Además, la referencia al comportamiento requerido a la Potencia ocupante de que las actividades en el territorio ocupado no causaran daños transfronterizos sensibles se sustituyó por la expresión “debida

<sup>1349</sup> Párr. 8) del comentario al artículo 3, *ibid.*, pág. 164.

<sup>1350</sup> *Namibia*, opinión consultiva (véase la nota 1322 *supra*), pág. 54, párr. 118.

<sup>1351</sup> *Pulp Mills* (véase la nota 1347 *supra*), págs. 55 y 56, párr. 101.

<sup>1352</sup> Véase la nota 1347 *supra*.

<sup>1353</sup> Párr. 10) del comentario al artículo 2 (términos empleados) de los artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 97 y 98, pág. 163.

<sup>1354</sup> Párr. 12) del comentario al artículo 1, *ibid.*, pág. 161.

<sup>1355</sup> Véase, por ejemplo, K. Hulme, *War Torn Environment: Interpreting the Legal Threshold* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2004), pág. 68, donde se afirma que, en caso de daños ambientales, es habitual utilizar el criterio de los daños “sensibles”. Asimismo, véase T. Koivurova, “Due diligence”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, pág. 241, párr. 23. Puede consultarse en [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com).

<sup>1356</sup> Segundo informe de la International Law Association, Grupo de Estudio sobre la Debida Diligencia en Derecho Internacional, julio de 2016, pág. 8.

<sup>1357</sup> Véase el párr. 5) del comentario al párrafo 2 del proyecto de principio 20 *supra*.

diligencia”. No obstante, se señaló que sería preferible utilizar una formulación que fuera habitual en los instrumentos internacionales.

### Quinta parte Principios aplicables después de un conflicto armado

#### Principio 23 Procesos de paz

1. Las partes en un conflicto armado deben, en el contexto del proceso de paz, también, cuando proceda, en los acuerdos de paz, ocuparse de las cuestiones relativas a la restauración y la protección del medio ambiente dañado por el conflicto.
2. Las organizaciones internacionales pertinentes deben, cuando proceda, desempeñar un papel facilitador al respecto.

#### Comentario

- 1) El proyecto de principio 23 tiene por objeto reflejar la creciente tendencia a tener en cuenta las consideraciones ambientales en el contexto de los procesos de paz, entre otras cosas mediante la regulación de las cuestiones ambientales en los acuerdos de paz. Cabe también hacer referencia al fuerte impacto ambiental de los conflictos armados no internacionales, que ha hecho que cada vez más Estados prevean medidas para proteger y restaurar el medio ambiente en los procesos de justicia de transición<sup>1358</sup>.
- 2) La inclusión de la expresión “proceso de paz” en el proyecto de principio tiene por objeto ampliar su ámbito de aplicación de modo que abarque el proceso de paz en su integridad, así como cualquier acuerdo de paz de carácter formal que se celebre<sup>1359</sup>. Los

<sup>1358</sup> “La noción de justicia de transición [...] abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por complejo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos”, informe del Secretario General sobre “El estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos” (S/2004/616), párr. 8; numerosos países afectados por crisis posteriores a un conflicto han adoptado mecanismos de justicia de transición para mejorar su protección y restauración del medio ambiente, algunos de ellos con la asistencia del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente: véase, por ejemplo, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, “Reporting on the state of the environment in Afghanistan: workshop report” (2019); Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *South Sudan: First State of the Environment and Outlook Report 2018* (Nairobi, 2018); A. Salazar y otros, “The ecology of peace: preparing Colombia for new political and planetary climates”, *Frontiers in Ecology and the Environment* (septiembre de 2018), puede consultarse en [www.researchgate.net/publication/327605932\\_The\\_ecology\\_of\\_peace\\_preparing\\_Colombia\\_for\\_new\\_political\\_and\\_planetary\\_climates/download](http://www.researchgate.net/publication/327605932_The_ecology_of_peace_preparing_Colombia_for_new_political_and_planetary_climates/download) (consulta realizada el 8 de julio de 2019); Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, “Addressing the role of natural resources in conflict and peacebuilding” (Nairobi, 2015); Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Rwanda: From Post-Conflict to Environmentally Sustainable Development* (nota 1060 *supra*); Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, “Sierra Leone: environment, conflict and peacebuilding assessment” (Ginebra, 2010); Camboya, Ministerio de Medio Ambiente, “Cambodia environment outlook” (2009); Sierra Leona, *An Agenda for Change* (2008); Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Environmental assessment of the Gaza Strip following the escalation of hostilities in December 2008–January 2009* (Nairobi, 2009).

<sup>1359</sup> La base de datos de acuerdos de paz de las Naciones Unidas, una herramienta de referencia que pone al alcance de los profesionales del establecimiento de la paz cerca de 800 documentos que pueden considerarse en sentido amplio acuerdos de paz y materiales conexos, contiene una amplia variedad de documentos, como acuerdos y subacuerdos de paz de carácter formal, así como acuerdos y documentos más informales como declaraciones, comunicados, declaraciones públicas conjuntas fruto de conversaciones oficiosas, actas de reuniones pactadas entre las partes, intercambios de cartas y documentos finales fundamentales de algunas conferencias internacionales o regionales. La base de datos también contiene una selección de normativa, leyes y decretos que constituyen un acuerdo entre



conflictos armados modernos llegan a su fin de muchas maneras que no necesariamente adoptan la forma de acuerdos de carácter formal. Por ejemplo, al final de un conflicto armado, puede haber un acuerdo de alto el fuego, un armisticio o una situación de paz *de facto* sin que medie acuerdo alguno. El proceso de paz también puede comenzar antes del fin efectivo de los conflictos armados. Así pues, la celebración de un acuerdo de paz, que, de producirse, puede tener lugar varios años después del cese de las hostilidades, tan solo representa un aspecto del proceso. Por ello, y a fin de evitar cualquier laguna temporal, se ha empleado la expresión “en el contexto del proceso de paz”. La conclusión de un proceso de paz a menudo implica varias etapas y la aprobación de una serie de instrumentos.

3) Se utiliza la expresión “[l]as partes en un conflicto armado” en el párrafo 1 para indicar que la disposición abarca los conflictos armados internacionales y no internacionales. Esto se ajusta al entendimiento general de que el proyecto de principios es de aplicación a los conflictos armados internacionales y no internacionales.

4) Se ha utilizado “deben” a fin de reflejar la ambición normativa de la disposición, si bien reconociendo también que no se corresponde con ninguna obligación jurídica existente.

5) El proyecto de principio está redactado en términos generales para dar cabida a la amplia variedad de situaciones que pueden darse tras un conflicto armado. La situación del medio ambiente después de un conflicto armado puede variar enormemente en función de varios factores<sup>1360</sup>. En algunos casos, el medio ambiente puede haber sufrido graves y serios daños inmediatamente visibles que pueden tener que ser reparados con carácter urgente, mientras que en otros los daños que el medio ambiente ha sufrido pueden no ser tan importantes como para justificar una restauración urgente<sup>1361</sup>. Algunos daños ambientales pueden no ser visibles hasta meses o incluso años después del fin del conflicto armado.

6) El proyecto de principio tiene por objeto abarcar todos los acuerdos de paz de carácter formal, así como otros instrumentos o acuerdos celebrados o aprobados en cualquier momento en el transcurso del proceso de paz, ya sea entre dos o más Estados, entre Estados y grupos armados no estatales o entre dos o más grupos armados no estatales. Estos acuerdos e instrumentos pueden adoptar distintas formas, como subacuerdos de acuerdos de paz de carácter formal, acuerdos informales, declaraciones, comunicados, declaraciones públicas conjuntas fruto de conversaciones oficiosas y actas de reuniones

---

las partes o que han sido el resultado de unas negociaciones de paz. También se incluye una selección de resoluciones del Consejo de Seguridad. Puede consultarse la base de datos en <http://peacemaker.un.org/document-search>.

<sup>1360</sup> Por ejemplo, la intensidad y la duración del conflicto, así como las armas utilizadas, pueden influir en la magnitud de los daños ambientales causados en un conflicto armado particular.

<sup>1361</sup> Como ejemplos conocidos de daños ambientales causados en un conflicto armado pueden mencionarse los daños ocasionados a raíz del uso de agente naranja en Viet Nam por las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos o la quema de pozos petrolíferos en Kuwait por parte de las tropas iraquíes en la Guerra del Golfo, que están bien documentados. También se han documentado casos de daños ambientales, de diferente gravedad, en otros conflictos armados, como los conflictos en Colombia y en la República Democrática del Congo, el Iraq y Siria. Véanse Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente Colombia, “UN Environment will support environmental recovery and peacebuilding for post-conflict development in Colombia”, que puede consultarse en [www.unenvironment.org/news-and-stories/story/un-environment-will-support-environmental-recovery-and-peacebuilding-post](http://www.unenvironment.org/news-and-stories/story/un-environment-will-support-environmental-recovery-and-peacebuilding-post) (consulta realizada el 8 de julio de 2019); Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, “Post-conflict environmental assessment of the Democratic Republic of the Congo”, que puede consultarse en [https://postconflict.unep.ch/publications/UNEP\\_DRC\\_PCEA\\_EN.pdf](https://postconflict.unep.ch/publications/UNEP_DRC_PCEA_EN.pdf) (consulta realizada el 8 de julio de 2019); Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, “Post-conflict environmental assessment, clean-up and reconstruction in Iraq”, que puede consultarse en [https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/17462/UNEP\\_Iraq.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/17462/UNEP_Iraq.pdf?sequence=1&isAllowed=y) (consulta realizada el 8 de julio de 2019); y “Lebanon Environmental Assessment of the Syrian Conflict” (con el apoyo del PNUMA y la Unión Europea), que puede consultarse en [www.undp.org/content/dam/lebanon/docs/Energy%20and%20Environment/Publications/EASC-WEB.pdf](http://www.undp.org/content/dam/lebanon/docs/Energy%20and%20Environment/Publications/EASC-WEB.pdf) (consulta realizada el 8 de julio de 2019). Véase también International Law and Policy Institute, “Protection of the natural environment in armed conflict: an empirical study” (Oslo, 2014), págs. 34 a 40.

pactadas entre las partes, así como normativas, leyes y decretos relevantes que constituyan un acuerdo entre las partes o que sean el resultado de negociaciones de paz<sup>1362</sup>.

7) Algunos acuerdos de paz modernos contienen disposiciones ambientales<sup>1363</sup>. Entre las disposiciones ambientales que se han incluido en los instrumentos celebrados durante procesos de paz o en acuerdos de paz figuran, por ejemplo, las que obligan a las partes a cooperar en cuestiones ambientales o las alientan a hacerlo y las disposiciones que establecen en detalle la autoridad responsable de los asuntos relacionados con el medio ambiente, como la prevención de los delitos ambientales y la aplicación de las leyes y la normativa nacionales en materia de recursos naturales, así como el uso compartido de los recursos comunales<sup>1364</sup>. El presente proyecto de principio tiene por objeto alentar a las partes a que estudien la posibilidad de incluir ese tipo de disposiciones en los acuerdos.

8) La finalidad del párrafo 2 es alentar a las organizaciones internacionales pertinentes a que tengan en cuenta las consideraciones ambientales cuando actúen como facilitadoras en los procesos de paz. La formulación del párrafo pretende ser lo suficientemente amplia como para abarcar las situaciones en las que se hayan aprobado resoluciones del Consejo de

<sup>1362</sup> Véase C. Bell, “Women and peace processes, negotiations, and agreements: operational opportunities and challenges”, Norwegian Peacebuilding Resource Centre, reseña de políticas, marzo de 2013, que puede consultarse en <http://noref.no> dentro del apartado “Publications”, pág. 1.

<sup>1363</sup> Estos instrumentos son suscritos predominantemente en conflictos armados no internacionales por un Estado y un actor no estatal y se enmarcan en esta categoría los siguientes: el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, entre el Gobierno Nacional de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP) (Bogotá, 24 de noviembre de 2016), que puede consultarse en <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf> (en español) y en <http://especiales.presidencia.gov.co/Documents/20170620-dejacion-armas/acuerdos/acuerdo-final-ingles.pdf> (en inglés) (consulta realizada el 5 de agosto de 2019); el Acuerdo sobre Soluciones Generales entre el Gobierno de la República de Uganda y el Ejército/Movimiento de Resistencia del Señor (Yuba, 2 de mayo de 2007), que puede consultarse en [https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/UG\\_070502\\_AgreementComprehensiveSolutions.pdf](https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/UG_070502_AgreementComprehensiveSolutions.pdf) (consulta realizada el 5 de agosto de 2019), párr. 14.6; el Acuerdo de Paz de Darfur (Abuya, 5 de mayo de 2006), que puede consultarse en <http://peacemaker.un.org/node/535> (consulta realizada el 5 de agosto de 2019), cap. 2, pág. 21, art. 17, párr. 107 g) y h), y pág. 30, art. 20; el Acta Final de las negociaciones políticas intercongolesas (Sun City, 2 de abril de 2003), que puede consultarse en <http://peacemaker.un.org/drc-suncity-agreement2003> (consulta realizada el 5 de agosto de 2019), resolución núm. DIC/CEF/03, págs. 40 y 41, y resolución núm. DIC/CHSC/03, págs. 62 a 65; el Acuerdo General de Paz entre el Gobierno de la República del Sudán y el Movimiento/Ejército de Liberación del Pueblo del Sudán (Machakos, 20 de julio de 2002), que puede consultarse en <http://peacemaker.un.org/node/1369> (consulta realizada el 5 de agosto de 2019), cap. V, pág. 71, y cap. III, pág. 45, que establece como principios rectores que se han de seguir las mejores prácticas conocidas en la utilización sostenible y el control de los recursos naturales (párr. 1.10) —se pueden encontrar más disposiciones sobre los recursos petrolíferos en los párrafos 3.1.1 y 4; el Acuerdo de Arusha para la Paz y la Reconciliación en Burundi (Arusha, 28 de agosto de 2000), que puede consultarse en <http://peacemaker.un.org/node/1207> (consulta realizada el 5 de agosto de 2019), Protocolo Adicional III, pág. 62, art. 12, párr. 3 e), y Protocolo Adicional IV, pág. 81, art. 8 h); el Acuerdo de Paz entre el Gobierno de Sierra Leona y el Frente Revolucionario Unido de Sierra Leona (Lomé, 7 de julio de 1999), que puede consultarse en <https://peacemaker.un.org/sierraleone-lome-agreement99> (consulta realizada el 5 de agosto de 2019), S/1999/777, anexo, art. VII; el Acuerdo Provisional de Paz y Autogobierno en Kosovo (Acuerdos de Rambouillet) (París, 18 de marzo de 1999), S/1999/648, anexo; el Acuerdo de Paz entre el Gobierno de El Salvador y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (Acuerdo de Chapultepec) (Ciudad de México, 16 de enero de 1992), A/46/864, anexo, cap. II.

<sup>1364</sup> Acuerdo de Chapultepec, cap. II. Se pueden encontrar más disposiciones en el artículo 13 del anexo II del Acuerdo de Paz; en ellas se estipula que la División del Medio Ambiente de la Policía Nacional Civil “se encargará de prevenir y combatir los delitos y faltas contra el medio ambiente”. El Acuerdo de Arusha para la Paz y la Reconciliación en Burundi, Protocolo III, pág. 62, art. 12, párr. 3 e), y pág. 81, art. 8 h), contiene varias referencias a la protección del medio ambiente, una de las cuales estipula que una de las misiones de los servicios de inteligencia es detectar lo antes posible toda amenaza para el entorno ecológico del país. Asimismo, afirma que la política de distribución o asignación de nuevas tierras ha de tener en cuenta la necesidad de proteger el medio ambiente y gestionar el sistema hídrico del país mediante la protección de los bosques.

Seguridad de las Naciones Unidas al amparo del Capítulo VII, así como las situaciones en las que las organizaciones internacionales pertinentes desempeñen un papel facilitador con el consentimiento del Estado en cuestión o de las partes en un conflicto armado determinado.

9) El párrafo 2 hace referencia a las “organizaciones internacionales pertinentes” para indicar que no todas las organizaciones están preparadas para ocuparse de esta cuestión concreta. Las organizaciones consideradas pertinentes en el contexto de este proyecto de principio incluyen aquellas a las cuales se ha reconocido un papel importante en los procesos de paz de varios conflictos armados en el pasado, como, entre otras, las Naciones Unidas y sus órganos en particular, así como la Unión Africana, la Unión Europea y la Organización de los Estados Americanos<sup>1365</sup>. El proyecto de principio también contiene la expresión “cuando proceda” para indicar que la participación de las organizaciones internacionales a estos efectos no siempre es necesaria o deseada por las partes.

### **Principio 24**

#### **Intercambio de información y acceso a esta**

1. Para facilitar las medidas de reparación después de un conflicto armado, los Estados y las organizaciones internacionales pertinentes intercambiarán información relevante y permitirán el acceso a esta de conformidad con las obligaciones que les incumban en virtud del derecho internacional.

2. Nada de lo previsto en el presente proyecto de principio obliga a un Estado o una organización internacional a intercambiar información esencial para la defensa nacional o para la seguridad, ni a permitir el acceso a esta. No obstante, ese Estado o esa organización internacional cooperarán de buena fe para proporcionar tanta información como sea posible teniendo en cuenta las circunstancias.

#### **Comentario**

1) El proyecto de principio 24 se refiere en general a los “Estados”, por tratarse de un término más amplio que “partes en un conflicto armado”. Los Estados que no sean parte en un conflicto armado pueden verse afectados como terceros Estados y pueden disponer de información pertinente y útil para la adopción de medidas de reparación que podría ser conveniente facilitar a otros Estados u organizaciones internacionales. Esta obligación es de aplicación a los Estados, aunque en otros proyectos de principio se hace referencia a los actores no estatales y el proyecto de principios abarca los conflictos armados tanto internacionales como no internacionales.

2) Si bien los Estados suelen ser los sujetos más pertinentes, el proyecto de principio también alude a las organizaciones internacionales, con el calificativo añadido de “pertinentes”. El término específico “defensa nacional” es de aplicación únicamente a los

<sup>1365</sup> Las Naciones Unidas han ejercido una función de facilitación en numerosos conflictos armados, como los conflictos armados en Angola, Libia, Mozambique y la República Democrática del Congo. Las organizaciones regionales también han desempeñado un papel facilitador en los procesos de paz de todo el mundo. Por ejemplo, la Unión Africana ha participado en aspectos de los procesos de paz de, entre otros lugares, las Comoras, Côte d'Ivoire, Guinea-Bissau, Liberia y Somalia. Véase Chatham House, Africa Programme, “The African Union’s role in promoting peace, security and stability: from reaction to prevention?”, resumen de la reunión, que puede consultarse en [www.chathamhouse.org](http://www.chathamhouse.org), pág. 3. La Organización de los Estados Americanos participó, entre otros, en los procesos de paz en el Estado Plurinacional de Bolivia y Colombia. Véase P. J. Meyer, “Organization of American States: background and issues for Congress” (Congressional Research Service, 2014), que puede consultarse en [www.fas.org](http://www.fas.org), pág. 8. Véase también Unión Africana y Centre for Humanitarian Dialogue, *Managing Peace Processes: Towards more inclusive processes*, vol. 3 (2013), pág. 106. La Unión Europea ha participado, entre otros, en procesos de paz en conflictos armados en el Oriente Medio e Irlanda del Norte. Véase también Suiza, Departamento Federal de Asuntos Internacionales, “Mediation and facilitation in today’s peace processes: centrality of commitment, coordination and context”, exposición de Thomas Greminger en un retiro de la Organización Internacional de la Francofonía, 15 a 17 de febrero de 2007, que puede consultarse en [www.swisspeace.ch](http://www.swisspeace.ch), dentro del apartado “Publications”.

Estados. Para algunas organizaciones internacionales, los requisitos de confidencialidad también pueden influir en el alcance de la información que pueden intercambiar o a la cual pueden conceder acceso de buena fe<sup>1366</sup>.

3) El proyecto de principio 24 consta de dos párrafos. El párrafo 1 se refiere a las obligaciones que pueden incumbir a los Estados y las organizaciones internacionales, en virtud del derecho internacional, de intercambiar información y permitir el acceso a esta para facilitar las medidas de reparación después de un conflicto armado. El párrafo 2 habla de las consideraciones de seguridad a las que puede supeditarse dicho acceso.

4) La expresión “de conformidad con las obligaciones que les incumban en virtud del derecho internacional” indica que los tratados contienen obligaciones que son pertinentes en el contexto de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados y pueden ser fundamentales para adoptar medidas de reparación después de un conflicto armado<sup>1367</sup> como, por ejemplo, llevar un registro de la ubicación de las minas terrestres. Más arriba se han enumerado obligaciones de intercambiar información y/o dar acceso a esta a los fines de la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados. También resultan pertinentes el párrafo 2 del artículo 9, titulado “Registro y utilización de información sobre campos de minas, zonas minadas, minas, armas trampa y otros artefactos”, del Protocolo II de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales, y el párrafo 2 del artículo 4, titulado “Registro, conservación y transmisión de la información”, del Protocolo V de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales.

5) Asimismo, esta expresión indica que las obligaciones de intercambiar información y/o permitir el acceso a esta que figuran en los tratados pertinentes suelen venir acompañadas de excepciones o límites respecto de los motivos por los cuales puede denegarse la divulgación de información. Estos motivos se refieren, entre otras cosas, a la “defensa nacional o la seguridad pública” o a situaciones en las que la divulgación aumentaría la probabilidad que se dañara el medio ambiente al que se refiere dicha información<sup>1368</sup>.

6) Mientras que la palabra “intercambiar” se refiere a la información facilitada por los Estados y las organizaciones internacionales en sus relaciones mutuas y como medio de cooperación, la expresión “permitir el acceso” hace referencia fundamentalmente al acceso a dicha información que se da, por ejemplo, a particulares, que representa una relación más unilateral.

7) La obligación de intercambiar información relativa al medio ambiente y permitir el acceso a esta puede encontrarse en numerosas fuentes de derecho internacional, tanto a nivel mundial como regional.

8) En el derecho internacional de los derechos humanos moderno, el derecho de acceso a la información tiene su origen en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>1369</sup>, así como en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>1370</sup>. La observación general núm. 34 sobre el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que el artículo 19, párrafo 2, debe ser interpretado en

<sup>1366</sup> Véase, por ejemplo, ACNUR, Política sobre la Protección de Datos Personales de las Personas de Interés del ACNUR (2015), puede consultarse en <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opensslpdf.pdf?reldoc=y&docid=58aac2b4> (consulta realizada el 8 de julio de 2019).

<sup>1367</sup> Protocolo adicional I, art. 33; Convenio de Ginebra I, art. 16; Convenio de Ginebra II, arts. 19 y 42; Convenio de Ginebra III, art. 23; Convenio de Ginebra IV, art. 137.

<sup>1368</sup> Véanse la Convención de Aarhus, art. 4, párr. 4 b); y el Convenio para la Protección del Medio Marino del Nordeste Atlántico (París, 22 de septiembre de 1992), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2354, núm. 42279, pág. 67, art. 9, párr. 3 g). Véase también el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú), art. 5, párr. 6 b).

<sup>1369</sup> Resolución 217 (III) A de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1948.

<sup>1370</sup> Nueva York, 16 de diciembre de 1966, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 993, núm. 14531, pág. 3.

el sentido de que incluye un derecho de acceso a la información en poder de los organismos públicos<sup>1371</sup>.

9) Asimismo, se ha desarrollado un derecho a la información ambiental en el contexto del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como se pone de manifiesto en el asunto *Guerra y otros c. Italia*<sup>1372</sup>, en el cual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos decidió que los demandantes tenían derecho a recibir información ambiental en virtud del artículo 8 del Convenio (derecho a la vida familiar y la privacidad). También cabe hacer referencia a la directiva de la Unión Europea relativa al acceso del público a la información medioambiental y a una sentencia al respecto del Tribunal de Justicia europeo de 2011<sup>1373</sup>. Además del derecho a la privacidad, también se ha reconocido un derecho a la información ambiental sobre la base del derecho a la libertad de expresión (como, por ejemplo, en el caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile*, dirimido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)<sup>1374</sup>.

10) El principio 10 de la Declaración de Río de 1992 también dispone que las personas deberán tener un acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente, incluida la información sobre los materiales que encierran peligro. El Objetivo de Desarrollo Sostenible 16 sobre sociedades pacíficas e inclusivas, recientemente aprobado, exhorta a los Estados a que garanticen el acceso público a la información y protejan las libertades fundamentales, de conformidad con las leyes nacionales y los acuerdos internacionales<sup>1375</sup>.

11) El artículo 2 de la Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales (Convención de Aarhus) define “información(es) sobre el medio ambiente” como toda información que se refiera al estado de los elementos del medio ambiente, a factores que tengan o puedan tener efectos sobre los elementos del medio ambiente y al estado de la salud y la seguridad de los seres humanos en la medida en que puedan ser alterados por dichos elementos<sup>1376</sup>. El artículo 4 de la Convención de Aarhus dispone que los Estados parte han de “pon[er] a disposición del público, en el marco de su legislación nacional, las informaciones sobre el medio ambiente”. Este derecho conlleva necesariamente la obligación de los Estados de recabar dicha información ambiental a los efectos de ponerla a disposición del público en caso de que así se solicite. Además, el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú), aprobado el 4 de marzo de 2018, contiene disposiciones similares.

12) La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático se ocupa del acceso a la información en su artículo 6, en el que se señala que las partes “[p]romoverán y facilitarán, en el plano nacional y, según proceda, en los planos subregional y regional, de conformidad con las leyes y reglamentos nacionales y según su capacidad respectiva: [...] El acceso del público a la información sobre el cambio climático y sus efectos”<sup>1377</sup>. Asimismo, el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica dispone que las partes han de promover y facilitar el acceso a la información sobre organismos vivos modificados<sup>1378</sup>. Tanto el Convenio de Rotterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado

<sup>1371</sup> Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 34 (2011) sobre el artículo 19 (libertad de opinión y libertad de expresión), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 40*, vol. I (A/66/40 (Vol. I)), anexo V, párr. 18.

<sup>1372</sup> *Guerra and Others v. Italy*, 19 de febrero de 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I.

<sup>1373</sup> Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al acceso del público a la información medioambiental; *Office of Communications v. Information Commissioner*, asunto C-71/10, sentencia de 28 de julio de 2011.

<sup>1374</sup> Caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 19 de septiembre de 2006 (fondo, reparaciones y costas), Serie C, núm. 151 (2006).

<sup>1375</sup> Resolución 70/1 de la Asamblea General, de 25 de septiembre de 2015.

<sup>1376</sup> Convención de Aarhus, art. 2.

<sup>1377</sup> Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Nueva York, 9 de mayo de 1992), *ibid.*, vol. 1771, núm. 30882, pág. 107.

<sup>1378</sup> Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica, art. 23.



Previo Aplicable a Ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos Objeto de Comercio Internacional<sup>1379</sup> como el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes<sup>1380</sup> contienen disposiciones sobre el acceso a la información. Asimismo, el artículo 18 del Convenio de Minamata sobre el Mercurio, de 2013<sup>1381</sup>, dispone que las partes “promoverá[n] y facilitará[n]” el acceso a esa información. El Acuerdo de París, recientemente celebrado, trata de un modo similar el acceso a la información en numerosos párrafos y artículos, por ejemplo, en el marco de la responsabilidad de los Estados de comunicar sus contribuciones determinadas a nivel nacional a la que se hace referencia en el artículo 4, párrafo 8, del Acuerdo, y, en un sentido más general, en relación con la educación y el acceso público a la información sobre el cambio climático en el artículo 12<sup>1382</sup>.

13) De conformidad con la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en Particular en África, las partes en ella han de hacer que la información sobre la desertificación sea “plena, abierta y prontamente asequible”<sup>1383</sup>. Del mismo modo, las Directrices de Bali de 2010 disponen que se debe asegurar a toda persona un “acceso asequible, efectivo y oportuno a la información ambiental que poseen las autoridades públicas cuando así lo solicite”<sup>1384</sup>.

14) En el régimen particular de la remoción de minas y restos de guerra con fines humanitarios, varios instrumentos contienen la obligación de facilitar información ambiental. Por ejemplo, las solicitudes de prórroga del plazo para completar la limpieza y la destrucción de restos de municiones en racimo presentadas con arreglo a la Convención sobre Municiones en Racimo deben exponer las posibles repercusiones ambientales y humanitarias de dicha prórroga<sup>1385</sup>. Del mismo modo, en relación con la destrucción de las municiones en racimo, ha de darse a conocer “la ubicación de todos los lugares donde tendrá lugar la destrucción y las normas aplicables [...] en materia de seguridad y medio ambiente”<sup>1386</sup>. La Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción<sup>1387</sup> contiene obligaciones similares. También se puede hacer referencia a la Norma Internacional para la Acción contra las Minas 10.70, en la que se afirma, entre otras cosas, que las autoridades nacionales competentes en la lucha contra las minas deben transmitir información sobre los incidentes ambientales significativos a las otras organizaciones de remoción de minas que formen parte del programa<sup>1388</sup>.

15) En cuanto a la práctica de las organizaciones internacionales, la política ambiental para las misiones de las Naciones Unidas sobre el terreno de 2009 dispone que las misiones de mantenimiento de la paz han de designar un oficial ambiental responsable de facilitar

<sup>1379</sup> Convenio de Rotterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo aplicable a Ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos Objeto de Comercio Internacional, art. 15.

<sup>1380</sup> Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, art. 10.

<sup>1381</sup> Puede consultarse el texto en <https://treaties.un.org> (*Status of Multilateral Treaties Deposited with the Secretary General*, cap. XXVII.17).

<sup>1382</sup> Informe de la Conferencia de las Partes en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático sobre su 21<sup>er</sup> período de sesiones, celebrado en París del 30 de noviembre al 13 de diciembre de 2015, adición: decisiones adoptadas por la Conferencia de las Partes (FCCC/CP/2015/10/Add.1), decisión 1/CP.21, anexo.

<sup>1383</sup> Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en Particular en África (París, 14 de octubre de 1994), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1954, núm. 33480, pág. 3, art. 16, también art. 19.

<sup>1384</sup> Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Directrices para la Elaboración de Legislación Nacional sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales, aprobadas por el Consejo de Administración del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente en su decisión SS/XI.5, parte A, de 26 de febrero de 2010. Pueden consultarse en [www.unep.org](http://www.unep.org), dentro del apartado “Resources”.

<sup>1385</sup> Art. 4, párr. 6 h).

<sup>1386</sup> Art. 7 (medidas de transparencia), párr. 1 e).

<sup>1387</sup> Art. 5.

<sup>1388</sup> IMAS 10.70, 1 de octubre de 2007, “Safety and occupational health, protection of the environment”, párr. 12.1 a). Puede consultarse en [www.mineactionstandards.org](http://www.mineactionstandards.org).

información ambiental pertinente para las operaciones de la misión y tomar medidas para fomentar la concienciación sobre las cuestiones ambientales<sup>1389</sup>. La política también establece la obligación de difundir y estudiar la información sobre el medio ambiente, lo que presupondría el acceso a información que pueda realmente ser difundida y, por ende, no sea reservada.

16) Asimismo, las Directrices del CICR sobre la Protección del Medio Ambiente en Tiempo de Conflicto Armado para Manuales y Programas de Instrucción Militares contienen una disposición relativa a la protección de las organizaciones<sup>1390</sup>, que pueden ser organizaciones ambientales que recaban datos ambientales como medio de “contribu[ir] a prevenir o reparar los daños al medio ambiente”<sup>1391</sup>.

17) En relación con las evaluaciones ambientales posteriores a un conflicto armado, cabe recordar que las directrices del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente sobre la integración del medio ambiente en las evaluaciones de las necesidades en situaciones posteriores a un conflicto mencionan la importancia de la participación pública y el acceso a la información, dado que, en los contextos posteriores a un conflicto, la asignación y ordenación de los recursos naturales se llevan a cabo de manera puntual, descentralizada o informal<sup>1392</sup>.

18) La obligación de *intercambiar información* y cooperar en este contexto está reflejada en la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación<sup>1393</sup>. Asimismo, el Convenio sobre la Diversidad Biológica contiene una disposición sobre el intercambio de información en su artículo 14, en el que se requiere que cada una de las partes contratantes, en la medida de lo posible y según proceda, promueva “la notificación, el intercambio de información y las consultas acerca de las actividades bajo su jurisdicción o control que previsiblemente tendrían efectos adversos importantes para la diversidad biológica de otros Estados o de zonas no sujetas a jurisdicción nacional, alentando la concertación de acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales, según proceda”<sup>1394</sup>. Asimismo, el artículo 17 del Convenio exhorta a las partes a facilitar el intercambio de información pertinente para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica.

19) Entre los anteriores trabajos de la Comisión relacionados con este aspecto del proyecto de principio cabe citar los artículos sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados (1999)<sup>1395</sup>, los artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (2001)<sup>1396</sup>, los principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de

<sup>1389</sup> Naciones Unidas, Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz y Departamento de Apoyo a las Actividades sobre el Terreno, “Environmental Policy for UN Field Missions”, 2009, párr. 23.5.

<sup>1390</sup> Véase CICR, Directrices sobre la Protección del Medio Ambiente en Tiempo de Conflicto Armado para Manuales y Programas de Instrucción Militares (nota 973 *supra*), directriz 19, en la que se hace referencia al Convenio de Ginebra IV, art. 63, párr. 2, y al Protocolo adicional I, arts. 61 a 67.

<sup>1391</sup> Cabe señalar que la directriz 19 se aplica en virtud de acuerdos especiales entre las partes afectadas o de la autorización de una de ellas.

<sup>1392</sup> Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, nota de orientación, *Integrating Environment in Post-Conflict Needs Assessments* (Ginebra, 2009), puede consultarse en [http://postconflict.unep.ch/publications/environment\\_toolkit.pdf](http://postconflict.unep.ch/publications/environment_toolkit.pdf) (consulta realizada el 8 de julio de 2019) (mencionada en el párrafo 144 y la nota 237 del documento A/CN.4/700).

<sup>1393</sup> Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación, arts. 9, 11, 12, 14 a 16, 19, 30, 31 y 33, párr. 7.

<sup>1394</sup> Art. 14, párr. 1 c).

<sup>1395</sup> Resolución 55/153 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2000, anexo, art. 18. Los proyectos de artículo y sus comentarios se reproducen en el *Anuario...*, 1999, vol. II (segunda parte), párrs. 47 y 48.

<sup>1396</sup> Arts. 8, 12 a 14 y 17.



actividades peligrosas (2006)<sup>1397</sup> y los artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos (2008)<sup>1398</sup>.

20) El párrafo 2 cumple un propósito similar en el contexto del proyecto de principio 24. La excepción a la obligación enunciada en el párrafo 1 tiene que ver con la información esencial para la defensa nacional de un Estado o la seguridad de un Estado o una organización internacional. La excepción no es absoluta. En la segunda oración del párrafo se dispone que los Estados y las organizaciones internacionales proporcionarán tanta información como sea posible teniendo en cuenta las circunstancias, mediante una cooperación de buena fe. El párrafo 2 se basa en las disposiciones de la Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación. El artículo 31 de la Convención dispone que los Estados del curso de agua no tienen la obligación de proporcionar datos o información que sean esenciales para su defensa o seguridad nacionales, al tiempo que señala que siguen estando obligados a cooperar de buena fe. Los artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas<sup>1399</sup> y los artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos<sup>1400</sup> contienen una excepción similar.

21) El proyecto de principio 24 está estrechamente ligado a la obligación de cooperar, así como al proyecto de principio 25 relativo a las evaluaciones ambientales y las medidas de reparación posteriores a un conflicto armado.

### **Principio 25**

#### **Evaluaciones ambientales y medidas de reparación posteriores a un conflicto armado**

Se alienta la cooperación entre los actores pertinentes, incluidas las organizaciones internacionales, en relación con las evaluaciones ambientales y las medidas de reparación posteriores a un conflicto armado.

### **Comentario**

1) El propósito del proyecto de principio 25 es alentar a los actores pertinentes a que cooperen a fin de que se puedan llevar a cabo evaluaciones ambientales y adoptar medidas de reparación en situaciones posteriores a un conflicto. El proyecto de principio está estrechamente vinculado al proyecto de principio 8.

2) La referencia a los “actores pertinentes” designa actores tanto estatales como no estatales. No solo los Estados, sino también una amplia variedad de actores, incluidas las organizaciones internacionales y los actores no estatales, tienen un papel que desempeñar en relación con las evaluaciones ambientales y las medidas de reparación. La expresión “se alienta” tiene carácter exhortativo y ha de considerarse un reconocimiento de la escasez de práctica en este ámbito.

3) La “evaluación ambiental” es distinta de la “evaluación del impacto ambiental”, que se suele llevar a cabo *ex ante* como medida de prevención<sup>1401</sup>. Estas evaluaciones del impacto desempeñan una importante función en la preparación y aprobación de planes,

<sup>1397</sup> Resolución 61/36 de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 2006, anexo, principio 5. Los proyectos de artículo y sus comentarios se reproducen en el *Anuario...*, 2006, vol. II (segunda parte), párrs. 66 y 67.

<sup>1398</sup> Resolución 63/124 de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 2008, anexo, arts. 8, 13, 15, 17 y 19. Los proyectos de artículo aprobados por la Comisión y sus comentarios se reproducen en el *Anuario...*, 2008, vol. II (segunda parte), párrs. 53 y 54.

<sup>1399</sup> Art. 14.

<sup>1400</sup> Art. 19.

<sup>1401</sup> Véase, por ejemplo, el Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo (Espoo, 25 de febrero de 1991), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1989, núm. 34028, pág. 309.

programas, políticas y legislación, según proceda. En ellas se pueden evaluar los efectos ambientales probables, también en la salud, de un plan o programa<sup>1402</sup>.

4) Este es el contexto en el que la evaluación ambiental posterior a un conflicto ha surgido como instrumento para incorporar las consideraciones ambientales en los planes de desarrollo de la fase posterior a un conflicto. Estas evaluaciones suelen tener por objeto determinar los principales riesgos ambientales para la salud, los medios de vida y la seguridad, y presentar a las autoridades nacionales recomendaciones sobre el modo de abordarlos<sup>1403</sup>. La evaluación ambiental posterior a un conflicto pretende atender varias necesidades y procesos normativos que, en función de las exigencias, difieren en alcance, objetivo y enfoque<sup>1404</sup>. Estas evaluaciones ambientales posteriores a un conflicto, llevadas a cabo a petición de un Estado, pueden adoptar la forma de: a) una evaluación de las necesidades<sup>1405</sup>, b) una evaluación cuantitativa de los riesgos<sup>1406</sup>, c) una evaluación estratégica<sup>1407</sup> o d) una evaluación integral<sup>1408</sup>. En la evaluación integral de Rwanda, por ejemplo, se procedió a una evaluación y una valoración periciales de carácter científico que implicaron una serie de actividades, como la definición del alcance del problema, el estudio de la documentación, el trabajo de campo, la recogida de muestras ambientales, la modelización a partir de sistemas de información geográfica, la elaboración de análisis e informes y la celebración de consultas nacionales. Se reconoce que los conflictos a menudo tienen repercusiones ambientales, directas o indirectas, que afectan a la salud humana y a los medios de vida, así como a los servicios de los ecosistemas<sup>1409</sup>.

5) Se alienta a llevar a cabo estas evaluaciones porque, si no se afrontan las repercusiones ambientales de los conflictos armados, es muy probable que puedan provocar más desplazamientos de población e inestabilidad socioeconómica, lo que dificultaría la recuperación y la reconstrucción en las zonas afectadas por un conflicto y desencadenaría un círculo vicioso<sup>1410</sup>.

<sup>1402</sup> Protocolo sobre Evaluación Estratégica del Medio Ambiente del Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo, puede consultarse en [www.unep.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/legaltexts/protocolenglish.pdf](http://www.unep.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/legaltexts/protocolenglish.pdf) (consulta realizada el 8 de julio de 2019).

<sup>1403</sup> “Post-crisis environmental assessment”, puede consultarse en [www.unenvironment.org/explore-topics/disasters-conflicts/what-we-do/preparedness-and-response/post-crisis-environmental](http://www.unenvironment.org/explore-topics/disasters-conflicts/what-we-do/preparedness-and-response/post-crisis-environmental) (consulta realizada el 8 de julio de 2019).

<sup>1404</sup> D. Jensen, “Evaluating the impact of UNEP’s post conflict environmental assessments”, *Assessing and Restoring Natural Resources in Post-Conflict Peacebuilding*, Jensen y S. Lonergan (eds.). Puede consultarse en [https://environmentalpeacebuilding.org/assets/Documents/LibraryItem\\_000\\_Doc\\_061.pdf](https://environmentalpeacebuilding.org/assets/Documents/LibraryItem_000_Doc_061.pdf) (consulta realizada el 8 de julio de 2019), pág. 18.

<sup>1405</sup> La evaluación de las necesidades y el estudio de la documentación pueden llevarse a cabo durante un conflicto o después de este, a partir de una recopilación de información secundaria preexistente sobre las tendencias ambientales y la gestión de los recursos naturales, así como sobre los problemas de las fuentes internacionales y nacionales. Esta información, con limitadas visitas de verificación sobre el terreno, se recopila posteriormente en un informe en el que se intenta determinar y priorizar las necesidades ambientales. *Ibid.*, págs. 18 y 19.

<sup>1406</sup> Las evaluaciones cuantitativas de los riesgos, que conllevan visitas sobre el terreno, análisis de laboratorio e imágenes satelitales, se centran en el impacto ambiental directo de los conflictos ocasionado por los bombardeos y la destrucción de edificios, zonas industriales e infraestructuras públicas. *Ibid.*, págs. 19 y 20.

<sup>1407</sup> Las evaluaciones estratégicas valoran el impacto indirecto de las estrategias de supervivencia y respuesta de la población local y los problemas institucionales causados por el colapso de las estructuras de gobierno y las capacidades. Suelen ser de larga duración. *Ibid.*, pág. 20.

<sup>1408</sup> Las evaluaciones integrales persiguen ofrecer una imagen detallada de cada uno de los sectores de los recursos naturales y las tendencias ambientales, los problemas de gobernanza y las necesidades de capacidad. A partir de consultas nacionales con los interesados, las evaluaciones integrales tratan de determinar prioridades y calcular los costos de las intervenciones necesarias a corto, mediano y largo plazo. *Ibid.*, pág. 20.

<sup>1409</sup> Network on Environment and Development Cooperation (ENVIRONET) del Comité de Asistencia para el Desarrollo, “Strategic environment assessment and post-conflict development SEA toolkit” (2010), pág. 4, puede consultarse en [http://content-ext.undp.org/aplaws\\_publications/2078176/Strategic%20Environment%20Assessment%20and%20Post%20Conflict%20Development%20full%20version.pdf](http://content-ext.undp.org/aplaws_publications/2078176/Strategic%20Environment%20Assessment%20and%20Post%20Conflict%20Development%20full%20version.pdf) (consulta realizada el 8 de julio de 2019).

<sup>1410</sup> *Ibid.*

6) A fin de armonizar el texto con otros proyectos de principio, en particular el proyecto de principio 2, se utilizan las palabras “de reparación” en el presente principio aun cuando el término “recuperación” sea más habitual en la práctica. Una vez completada la evaluación, hay que asegurarse de que se pongan en marcha programas de recuperación ambiental con objeto de reforzar la labor de las autoridades ambientales nacionales y locales, rehabilitar los ecosistemas, mitigar los riesgos y garantizar la utilización sostenible de los recursos en el contexto de los planes de desarrollo del Estado en cuestión<sup>1411</sup>. La expresión “las medidas de reparación” tiene un alcance más limitado que “la recuperación”.

### **Principio 26** **Socorro y asistencia**

Cuando, en relación con un conflicto armado, la fuente de los daños ambientales no se haya identificado o no haya acceso a una reparación, se alienta a los Estados a que adopten medidas apropiadas para que los daños no queden sin reparar o sin indemnizar, y estos podrán considerar el establecimiento de fondos de indemnización especiales o la prestación de otras formas de socorro o asistencia.

### **Comentario**

1) El proyecto de principio 26 tiene por objeto alentar a los Estados a que adopten medidas apropiadas para reparar e indemnizar los daños ambientales causados durante un conflicto armado. Más concretamente, se ocupa del socorro y la asistencia en situaciones en las que no se haya identificado la fuente de los daños ambientales o no haya acceso a una reparación. Esas situaciones pueden plantearse por diferentes motivos. Las características particulares de los daños ambientales pueden complicar el establecimiento de la responsabilidad: los daños pueden ser el resultado de una cadena de acontecimientos y no de un solo acto, y prolongarse a lo largo de muchos años, lo que dificulta el establecimiento de una relación causal con actos específicos<sup>1412</sup>. La presencia de múltiples actores estatales y no estatales en los conflictos contemporáneos puede complicar aún más la atribución de responsabilidad<sup>1413</sup>. Además, los daños ambientales causados en un conflicto armado

<sup>1411</sup> Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, “Disasters and Conflicts Programme”, pág. 3. Puede consultarse en [www.un.org/en/events/environmentconflictday/pdf/UNEP\\_conflict\\_and\\_disaster\\_brochure.pdf](http://www.un.org/en/events/environmentconflictday/pdf/UNEP_conflict_and_disaster_brochure.pdf) (consulta realizada el 8 de julio de 2019).

<sup>1412</sup> En primer lugar, la distancia que separa a la fuente del lugar de los daños puede ser de docenas o incluso cientos de millas, lo que crea dudas sobre la relación causal, incluso cuando se puede determinar la existencia de actividades contaminantes; en segundo lugar, es posible que los efectos nocivos de una sustancia contaminante no se sientan hasta años o decenios después del hecho; en tercer lugar, algunos tipos de daños solo se producen si la contaminación se prolonga en el tiempo; y, en cuarto lugar, la misma sustancia contaminante no siempre produce los mismos efectos perjudiciales debido a importantes variaciones en las circunstancias físicas. A. C. Kiss y D. Shelton, *Guide to International Environmental Law* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2007), págs. 20 y 21. Véase también P.-M. Dupuy, “L’État et la réparation des dommages catastrophiques”, en F. Francioni y T. Scovazzi (eds.), *International Responsibility for Environmental Harm* (Boston, Graham and Trotman, 1991), págs. 125 a 147, en especial pág. 141, que describe las características inherentes a los daños ecológicos de la siguiente manera: “*au-delà de ses incidences immédiates et souvent spectaculaires, il pourra aussi être diffus, parfois différé, cumulatif, indirect*” [más allá de sus consecuencias inmediatas y a menudo espectaculares, también pueden ser difusos, a veces diferidos, acumulativos, indirectos]. Véase también C. R. Payne, “Developments in the law of environmental reparations. A case study of the UN Compensation Commission”, en C. Stahn, J. Iverson y J. S. Easterday (eds.), *Environmental Protection and Transitions from Conflict to Peace* (nota 1180 *supra*), págs. 329 a 366, en especial pág. 353. Véase la definición de daños ambientales en Sands, *Principles of International Environmental Law* (nota 1172 *supra*), págs. 741 a 748.

<sup>1413</sup> Véase CICR, “International humanitarian law and the challenges of contemporary armed conflicts”, documento elaborado para la 32ª Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (2015), *International Review of the Red Cross*, vol. 97 (2015), págs. 1427 a 1502, en especial págs. 1431 y 1432.

pueden ser el resultado de actividades lícitas<sup>1414</sup>, y es posible que no existan medios para establecer la responsabilidad y reclamar una reparación<sup>1415</sup>.

2) Por otra parte, es habitual que los Estados y las organizaciones internacionales recurran a los pagos a título graciable para reparar los daños y perjuicios causados en tiempo de guerra sin reconocer responsabilidad alguna, y posiblemente excluyendo también toda responsabilidad civil ulterior. Estos pagos tienen diferentes propósitos y pueden efectuarse cuando los daños y perjuicios son consecuencia de acciones lícitas<sup>1416</sup>. En la mayoría de los casos, las reparaciones se pagan en caso de lesiones o muerte de civiles o daños a bienes de carácter civil, pero también pueden servir para reparar los daños al medio ambiente. La asistencia a las víctimas es un concepto más amplio y reciente que se utiliza en relación con los conflictos armados —pero también en otros contextos— para responder a los daños causados a personas o comunidades, entre otras cosas por actividades militares<sup>1417</sup>.

<sup>1414</sup> Podría decirse que así ocurre con la mayoría de los daños ambientales causados en un conflicto, dado que las prohibiciones específicas establecidas en el derecho de los conflictos armados no atañen a los daños operacionales normales al medio ambiente que quedan tras la cesación de las hostilidades, provocados por, entre otras fuentes, el uso de vehículos de oruga en superficies desérticas frágiles; la eliminación de desechos sólidos, tóxicos y médicos; el agotamiento de los escasos recursos hídricos; o la recuperación incompleta de las municiones, como señala C. R. Payne, “The norm of environmental integrity in post-conflict legal regimes”, en C. Stahn, J. S. Easterday y J. Iverson (eds.), *Jus Post Bellum: Mapping the Normative Foundation* (Oxford, Oxford University Press, 2014), págs. 502 a 518, en especial pág. 511. Véanse *supra* el proyecto de principio 14 y el párr. 8) de su comentario.

<sup>1415</sup> Sobre la historia de las reparaciones de guerra, véase P. d’Argent, *Les réparations de guerre en droit international public. La responsabilité internationale des États à l’épreuve de la guerre* (Bruselas, Bruylant, 2002). Véase también el comentario del CICR (1987) al Protocolo adicional I, art. 91, párr. 3651: “Cuando se firma un tratado de paz, las Partes pueden, en principio, solucionar a su manera los problemas relacionados con los daños de guerra en general y las responsabilidades por el desencadenamiento del conflicto”. La actuación de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas en la tramitación de reclamaciones ambientales ha sido histórica en el ámbito de la reparación de los daños causados al medio ambiente en tiempo de guerra (véase la nota 1091 *supra*). Entre los otros instrumentos internacionales pertinentes que se ocupan de los daños causados al medio ambiente en tiempo de guerra o están facultados para ello cabe citar la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía establecida en 2000 (véase el Acuerdo de Cesación de Hostilidades entre el Gobierno de la República Democrática Federal de Etiopía y el Gobierno del Estado de Eritrea (Argel, 18 de junio de 2000), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2138, núm. 37273, pág. 85, y el Acuerdo entre el Gobierno de la República Democrática Federal de Etiopía y el Gobierno del Estado de Eritrea relativo al reasentamiento de las personas desplazadas, así como a la rehabilitación y la construcción de la paz en ambos países (Argel, 12 de diciembre de 2000), *ibid.*, núm. 37274, pág. 93); así como la opinión consultiva de 2004 de la Corte Internacional de Justicia sobre la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado, véase *Legal Consequences of the Construction of a Wall* (nota 1274 *supra*), pág. 189, párr. 131, y pág. 192, párr. 136. Véase también *Armed Activities on the Territory of the Congo* (nota 1241 *supra*), pág. 257, párr. 259.

<sup>1416</sup> Universidad de Ámsterdam y Center for Civilians in Conflict, “Monetary payments for civilian harm in international and national practice” (2015). Véanse también Estados Unidos, Oficina Gubernamental de Rendición de Cuentas, “Military operations. The Department of Defense’s use of solatia and condolence payments in Iraq and Afghanistan”, informe, mayo de 2007; y W. M. Reisman, “Compensating collateral damage in elective international conflict”, *Intercultural Human Rights Law Review*, vol. 8 (2013), págs. 1 a 18.

<sup>1417</sup> Véase, por ejemplo, Handicap International, “Victim Assistance in the context of mines and explosive remnants of war”, Handicap International (julio de 2014). Puede consultarse en [https://handicap-international.ch/files/documents/files/assistance-victimes-mines-reg\\_anglais.pdf](https://handicap-international.ch/files/documents/files/assistance-victimes-mines-reg_anglais.pdf) (consulta realizada el 8 de julio de 2019). Véase también Clínica Internacional de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de Harvard, “Environmental remediation under the treaty on the prohibition of nuclear weapons” (abril de 2018). Puede consultarse en <http://hrp.law.harvard.edu/wp-content/uploads/2018/04/Environmental-Remediation-short-5-17-18-final.pdf> (consulta realizada el 8 de julio de 2019). Véanse además 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. El principio 9 establece que “[u]na

3) Un ejemplo de rehabilitación del medio ambiente en una situación en la que no es posible establecer ni exigir la responsabilidad del Estado es la asistencia prestada al Líbano tras el bombardeo de la central eléctrica de Yiya en 2006. Después del ataque de las fuerzas armadas israelíes contra la central eléctrica situada en la costa libanesa, se calcula que se vertieron 15.000 toneladas de petróleo en el mar Mediterráneo<sup>1418</sup>. A raíz de las solicitudes de asistencia del Gobierno del Líbano, el Centro Regional de Respuesta a Situaciones de Emergencia de Contaminación Marina en el Mar Mediterráneo proporcionó asistencia técnica a distancia y sobre el terreno para las labores de limpieza. La asistencia se prestó en el marco del Protocolo de Cooperación para Luchar contra la Contaminación por Hidrocarburos y Otras Sustancias Dañinas en Casos de Emergencia en el Mar Mediterráneo, de 2002, uno de los protocolos del Convenio de Barcelona<sup>1419</sup>. Las reparaciones relacionadas con el uso de agente naranja (herbicida que contiene dioxinas, unas sustancias tóxicas) por los Estados Unidos en la guerra de Viet Nam constituyen un ejemplo de respuesta a título graciable a los efectos de un conflicto armado en el medio ambiente y la salud<sup>1420</sup>.

4) El término “reparación” se utiliza en el proyecto de principio como una noción general que abarca diferentes formas de reparación por hechos internacionalmente ilícitos<sup>1421</sup>. No obstante, se trata de un contexto en el que no hay acceso a una reparación, que incluye situaciones en que no ha habido ningún hecho ilícito. Del mismo modo, las palabras “sin reparar” se refieren a la falta de medidas de reparación, mientras que “sin indemnizar” se refieren concretamente a la falta de indemnización económica. Estos términos definen las circunstancias específicas en las que se alienta a los Estados a que adopten medidas apropiadas de socorro y asistencia, que pueden incluir el establecimiento de un fondo de indemnización<sup>1422</sup>. También debe interpretarse que el “socorro” y la “asistencia” incluyen medidas de reparación en el sentido en que se han utilizado en el presente proyecto de principios, que abarcan cualquier medida de reparación que pueda adoptarse para restaurar el medio ambiente<sup>1423</sup>.

---

persona será considerada víctima con independencia de si el autor de la violación ha sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado”.

- <sup>1418</sup> Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Lebanon Post-Conflict Environmental Assessment* (2007), págs. 42 a 45. Puede consultarse en [https://postconflict.unep.ch/publications/UNEP\\_Lebanon.pdf](https://postconflict.unep.ch/publications/UNEP_Lebanon.pdf) (consulta realizada el 8 de julio de 2019). Véase también Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios, “Environmental emergency response to the Lebanon crisis”. Puede consultarse en [www.unocha.org/sites/dms/Documents/Report\\_on\\_response\\_to\\_the\\_Lebanon\\_Crisis.pdf](http://www.unocha.org/sites/dms/Documents/Report_on_response_to_the_Lebanon_Crisis.pdf) (consulta realizada el 8 de julio de 2019).
- <sup>1419</sup> Protocolo de Cooperación para Luchar contra la Contaminación por Hidrocarburos y Otras Sustancias Dañinas en Casos de Emergencia en el Mar Mediterráneo (Valetta, 25 de enero de 2002), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2942, anexo A, núm. 16908, pág. 87.
- <sup>1420</sup> Véase Estados Unidos, Congressional Research Service, “U.S. Agent Orange/Dioxin Assistance to Vietnam” (actualizado el 21 de febrero de 2019). Puede consultarse en <https://fas.org/sgp/crs/row/R44268.pdf> (consulta realizada el 8 de julio de 2019).
- <sup>1421</sup> Art. 34 y su comentario de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 76 y 77, págs. 101 y 102.
- <sup>1422</sup> El proyecto de principio 26 se ha redactado sobre la base del artículo 12, relativo a la reparación colectiva, de la resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre responsabilidad en sentido general y responsabilidad civil en virtud del derecho internacional por daños ambientales, de 1997, que establece que, en caso de que la fuente de los daños ambientales no se haya identificado o no haya acceso a una indemnización de la entidad responsable o de otras fuentes complementarias, los regímenes ambientales deben garantizar que los daños no queden sin indemnizar y pueden considerar la posibilidad de recurrir a fondos de indemnización especiales u otros mecanismos de reparación colectiva, o, en caso necesario, al establecimiento de tales mecanismos. International Law Institute, resolución titulada “Responsibility and liability under international law for environmental damage”, *Yearbook*, vol. 67, segunda parte, período de sesiones de Estrasburgo (1997), pág. 499.
- <sup>1423</sup> Véase el párr. 3) del comentario al proyecto de principio 2 *supra*. Véase también el párr. 6) del comentario al proyecto de principio 25 *supra*. Véase además S. Hanamoto, “Mitigation and remediation of environmental damage”, en Y. Aguila y J. Vinuales (eds.), *A Global Pact for the Environment – Legal Foundations* (Cambridge, Cambridge University Press, 2019), p. 79, donde se afirma que la mitigación y reparación de los daños ambientales tienen por objeto “evitar, reducir y, si fuera posible, compensar los efectos adversos significativos” (art. 5, párr. 3 b), Directiva 2011/92/UE

5) El proyecto de principio 26 está estrechamente relacionado con el proyecto de principio 25, sobre “Evaluaciones ambientales y medidas de reparación después de un conflicto armado”, así como con el proyecto de principio 24, sobre “Intercambio de información y acceso a esta”. Los tres proyectos de principio abordan situaciones en las que se han causado daños al medio ambiente en relación con un conflicto armado, y todos ellos hablan en general de los “Estados”, y no de las partes en un conflicto. No obstante, a diferencia de los proyectos de principio 24 y 25, el presente proyecto de principio, que se centra de manera específica en el socorro y la asistencia prestados por los Estados, no hace ninguna referencia expresa a las organizaciones internacionales. Con todo, se entiende que los Estados pueden canalizar ese socorro y esa asistencia por conducto de organizaciones internacionales.

6) El proyecto de principio 26 se ha ubicado en la quinta parte, que contiene proyectos de principio aplicables durante un conflicto armado. Si bien se reconoció que podía ser preferible adoptar medidas para hacer frente a los daños ambientales ya durante el conflicto armado, dado que los daños ambientales se acumulan y la reparación se vuelve más difícil con el tiempo, se consideró que el proyecto de principio era pertinente sobre todo en las situaciones posteriores a un conflicto armado.

### **Principio 27**

#### **Restos de guerra**

1. Después de un conflicto armado, las partes en el conflicto se ocuparán de eliminar o inutilizar los restos de guerra tóxicos y peligrosos bajo su jurisdicción o control que estén causando o corran el riesgo de causar daños al medio ambiente. Tales medidas se adoptarán con sujeción a las normas de derecho internacional aplicables.

2. Las partes también se esforzarán por alcanzar un acuerdo, entre ellas y, cuando proceda, con otros Estados y con organizaciones internacionales, sobre asistencia técnica y material, incluida, en su caso, la realización de operaciones conjuntas para eliminar o inutilizar tales restos de guerra tóxicos y peligrosos.

3. Los párrafos 1 y 2 se entenderán sin perjuicio de cualquier derecho u obligación de derecho internacional de limpiar, eliminar, destruir o mantener campos de minas, zonas minadas, minas, trampas explosivas, artefactos explosivos y otros artefactos.

### **Comentario**

1) El proyecto de principio 27 tiene por objeto reforzar la protección del medio ambiente en una situación posterior a un conflicto. Pretende asegurar que los restos de guerra tóxicos y peligrosos que causen o puedan causar daños al medio ambiente sean eliminados o inutilizados después de un conflicto armado. Este proyecto de principio se refiere a los restos de guerra tóxicos o peligrosos en tierra, así como a los que han sido emplazados o vertidos en el mar, siempre que se encuentren bajo la jurisdicción o el control de una parte que haya intervenido en el conflicto armado. Las medidas adoptadas habrán de atenerse a las normas de derecho internacional aplicables.

2) El párrafo 1 está redactado en términos generales. Los restos de guerra adoptan varias formas. No se trata únicamente de restos explosivos de guerra, sino también de otros materiales y objetos peligrosos. Algunos restos de guerra no son en absoluto peligrosos para el medio ambiente o pueden ser menos peligrosos si se mantienen en su ubicación una

---

relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente). Más precisamente, “[l]a mitigación es el empleo de prácticas, procedimientos o tecnologías con el objeto de reducir al mínimo o prevenir los impactos asociados a las actividades propuestas” y “[l]a remediación abarca todas las medidas que puedan tomarse una vez que los impactos se han producido, a fin de promover, tanto como sea posible, el regreso de las condiciones del medioambiente a su estado original” (Reunión Consultiva del Tratado Antártico, Lineamientos revisados para la Evaluación de Impacto Ambiental en la Antártida, 3.5, 2016).



vez finalizado el conflicto<sup>1424</sup>. En otras palabras, eliminar los restos de guerra puede acarrear en algunas situaciones un mayor riesgo ambiental que dejarlos donde están. Por este motivo, el proyecto de principio contiene las palabras “o inutilizar”, a fin de indicar que, en algunas circunstancias, puede ser apropiado no hacer nada o adoptar medidas distintas de la eliminación.

3) La obligación de “ocuparse de” es de comportamiento y guarda relación con “los restos de guerra tóxicos y peligrosos” que “estén causando o corran el riesgo de causar daños al medio ambiente”. Los términos “tóxicos” y “peligrosos” se utilizan a menudo cuando se hace referencia a restos de guerra que representan un peligro para los seres humanos o el medio ambiente, y se consideró apropiado usarlos aquí<sup>1425</sup>. El término “peligrosos” es algo más amplio que “tóxicos”, en el sentido de que todos los restos de guerra que representan una amenaza para los seres humanos o el medio ambiente pueden ser considerados peligrosos, pero no todos son tóxicos. La expresión “restos de guerra tóxicos” no cuenta con una definición en derecho internacional, pero ha sido utilizada para describir toda sustancia tóxica o radiológica derivada de actividades militares que suponga un riesgo para los seres humanos y los ecosistemas<sup>1426</sup>.

4) Las palabras “jurisdicción o control” hacen referencia a las zonas bajo control *de iure* y *de facto* incluso más allá del establecido por un vínculo territorial. El término “jurisdicción” abarca, además del territorio de un Estado, las actividades sobre las cuales un Estado está autorizado por el derecho internacional a ejercer su competencia y autoridad extraterritorialmente<sup>1427</sup>. El término “control” designa las situaciones en las que un Estado (o una parte en un conflicto armado) ejerce un control *de facto* aun cuando carezca de jurisdicción *de iure*<sup>1428</sup>. Por tanto, “se refiere a la capacidad real de controlar eficazmente actividades que no estén sujetas a la jurisdicción de un Estado”<sup>1429</sup>.

<sup>1424</sup> Por ejemplo, así sucede a menudo con las armas químicas que se han vertido al mar. Véase T. A. Mensah, “Environmental damages under the Law of the Sea Convention”, *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic, and Scientific Perspectives*, J. E. Austin y C. E. Bruch (eds.) (Cambridge, Cambridge University Press, 2000), págs. 226 a 249. El proyecto Chemical Munitions Search and Assessment (CHEMSEA) es un ejemplo de proyecto de cooperación entre los Estados bálticos que está financiado en parte por la Unión Europea. Puede encontrarse información sobre el proyecto CHEMSEA en [http://ec.europa.eu/regional\\_policy/en/projects/finland/chemsea-tackles-problem-of-chemical-munitions-in-the-baltic-sea](http://ec.europa.eu/regional_policy/en/projects/finland/chemsea-tackles-problem-of-chemical-munitions-in-the-baltic-sea) (consulta realizada el 8 de julio de 2019). Véase también el sitio web de la Comisión para la Protección del Medio Marino del Báltico (Comisión de Helsinki) en [www.helcom.fi/baltic-sea-trends/hazardous-substances/sea-dumped-chemical-munitions](http://www.helcom.fi/baltic-sea-trends/hazardous-substances/sea-dumped-chemical-munitions) (consulta realizada el 8 de julio de 2019).

<sup>1425</sup> Véase, para más información, CICR, “Fortalecimiento de la protección jurídica de las víctimas de los conflictos armados”, informe elaborado para la XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja en 2011, núm. CI/11/5.1.1 3, pág. 23.

<sup>1426</sup> Véase M. Ghalaieny, “Toxic harm: humanitarian and environmental concerns from military-origin contamination”, documento de debate (proyecto Toxic Remnants of War, 2013), pág. 2. Véase también [www.toxicremnantsofwar.info/new-trw-publication-toxic-harm-humanitarian-and-environmental-concerns-from-military-origin-contamination/](http://www.toxicremnantsofwar.info/new-trw-publication-toxic-harm-humanitarian-and-environmental-concerns-from-military-origin-contamination/) (consulta realizada el 8 de julio de 2019). Para más información sobre los restos de guerra tóxicos, véase también Geneva Academy, *Weapons Law Encyclopedia*, que puede consultarse en [www.weaponslaw.org](http://www.weaponslaw.org), dentro del apartado “Glossary”, donde se cita al CICR, “Fortalecimiento de la protección jurídica de las víctimas de los conflictos armados”, pág. 23. Véanse las intervenciones de Austria, Costa Rica, Irlanda y Sudáfrica ante la Primera Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo octavo período de sesiones, que pueden consultarse en el portal PaperSmart en <http://papersmart.unmeetings.org>.

<sup>1427</sup> Véase el párr. 9) del comentario al artículo 1 de los artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 97 y 98, pág. 161. Véase también la resolución 62/68 de la Asamblea General, de 6 de diciembre de 2007, anexo.

<sup>1428</sup> Párr. 12) del comentario al artículo 1, *ibid.*

<sup>1429</sup> A/CN.4/692, párr. 33. En cuanto al concepto de “control”, véase la opinión consultiva relativa a *Namibia* (nota 1322 *supra*), pág. 54, párr. 118, donde se afirma que: “El hecho de que Sudáfrica ya no tenga título para administrar el Territorio no la exime de las obligaciones y responsabilidades que le impone el derecho internacional para con otros Estados respecto del ejercicio de sus facultades en relación con este Territorio. El control físico de un territorio, y no la soberanía o la legitimidad del título, es la base de la responsabilidad del Estado por los actos que afectan a otros Estados”.



5) El propósito del presente proyecto de principio es ser de aplicación a los conflictos armados internacionales y no internacionales. Por esta razón, el párrafo 1 habla de “las partes en el conflicto”. La expresión “parte en un conflicto” ha sido utilizada en varias disposiciones de tratados sobre el derecho de los conflictos armados en el contexto de los restos de guerra<sup>1430</sup>. Se consideró apropiado usar la expresión en el presente proyecto de principio porque es previsible que puedan darse situaciones en las que haya restos de guerra tóxicos o peligrosos en una zona en la que el Estado no tenga pleno control. Por ejemplo, un actor no estatal puede tener control sobre un territorio en el que haya restos de guerra tóxicos y peligrosos.

6) El párrafo 2 debe leerse conjuntamente con el párrafo 1. Pretende fomentar la cooperación y la asistencia técnica entre las partes para inutilizar los restos de guerra a los que se hace referencia en el párrafo 1. Cabe señalar que el párrafo 2 no tiene por objeto imponer a las partes ninguna nueva obligación de derecho internacional para que cooperen. No obstante, cabe prever que puedan darse situaciones en las que, tras un conflicto armado, una parte no esté en condiciones de asegurarse que se inutilicen los restos de guerra tóxicos y peligrosos. Por ello, se consideró conveniente alentar a las partes a cooperar en tal sentido.

7) El párrafo 3 contiene una cláusula sin perjuicio para evitar cualquier incertidumbre con respecto a la primacía de las obligaciones convencionales o de derecho internacional consuetudinario existentes. Existen diversos tratados sobre el derecho de los conflictos armados que regulan los restos de guerra, por lo que los diferentes Estados tienen distintas obligaciones en relación con esos restos<sup>1431</sup>.

8) La expresión “limpiar, eliminar, destruir o mantener”, así como los restos de guerra específicos enumerados, a saber, “campos de minas, zonas minadas, minas, trampas explosivas, artefactos explosivos y otros artefactos”, se eligieron específicamente y se han retomado de los tratados sobre el derecho de los conflictos armados existentes a fin de que el párrafo se base en el derecho de los conflictos armados en su estado actual<sup>1432</sup>.

9) Cabe señalar que, de manera deliberada, el proyecto de principio no se ocupa directamente de la cuestión de la responsabilidad ni de la reparación de las víctimas. Esto es así porque la responsabilidad de limpiar, eliminar, destruir o mantener restos de guerra ya está regulada en cierta medida en el marco del derecho de los conflictos armados vigente, al menos en el sentido de que determinados tratados indican quién tiene la obligación de tomar medidas<sup>1433</sup>. El proyecto de principio se entiende sin perjuicio de la atribución de la responsabilidad y las cuestiones relacionadas con la indemnización.

<sup>1430</sup> Véase, por ejemplo, el Protocolo II de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales, así como el Protocolo sobre los Restos Explosivos de Guerra, anexo a la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que Puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados (Protocolo V) (en adelante, “Protocolo V de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales”) (Ginebra, 3 de mayo de 1996), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2399, núm. 22495, pág. 100.

<sup>1431</sup> Véanse, por ejemplo, el Protocolo II enmendado de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales; el Protocolo V de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales; la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción (Oslo, 18 de septiembre de 1997), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2056, núm. 35597, pág. 211; la Convención sobre Municiones en Racimo (Dublín, 30 de mayo de 2008), *ibid.*, vol. 2688, núm. 47713, pág. 39, y la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción (Ginebra, 3 de septiembre de 1992), *ibid.*, vol. 1974, núm. 33757, pág. 45.

<sup>1432</sup> Véase la redacción del Protocolo II enmendado de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales; la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre Su Destrucción; y la Convención sobre Municiones en Racimo.

<sup>1433</sup> Véase, por ejemplo, el art. 3, párr. 2, del Protocolo II enmendado de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales: “De conformidad con las disposiciones del presente Protocolo, cada Alta Parte Contratante o parte en un conflicto es responsable de todas las minas, armas trampa y otros artefactos que haya empleado, y se compromete a proceder a su limpieza, retirarlos, destruirlos o mantenerlos según lo previsto en el artículo 10 del presente Protocolo”. A su vez, el art. 10, párr. 2,

## Principio 28

### Restos de guerra en el mar

Los Estados y las organizaciones internacionales pertinentes deben cooperar para que los restos de guerra en el mar no constituyan un peligro para el medio ambiente.

#### Comentario

1) A diferencia del proyecto de principio 27, que es más amplio y se ocupa de los restos de guerra de un modo más general, el proyecto de principio 28 aborda la situación específica de los restos de guerra en el mar, incluidos sus efectos duraderos en el entorno marino. El proyecto de principio 28 tiene valor añadido en la medida en que el proyecto de principio 27 se ocupa únicamente de los restos de guerra bajo la jurisdicción o el control de una de las partes que haya intervenido en un conflicto armado, por lo que no es lo suficientemente amplio como para abarcar todos los restos de guerra en el mar. Este proyecto de principio fomenta expresamente la cooperación internacional a fin de que los restos de guerra en el mar no constituyan un peligro para el medio ambiente<sup>1434</sup>.

2) Dada la naturaleza polifacética del derecho del mar, un Estado concreto podría tener soberanía, jurisdicción, soberanía y jurisdicción o ni soberanía ni jurisdicción, dependiendo del lugar en el que se ubicaran los restos<sup>1435</sup>. Por tanto, no resulta sorprendente que los restos de guerra en el mar planteen problemas jurídicos importantes<sup>1436</sup>. Por ejemplo, las partes en el conflicto armado pueden haber dejado de existir; el Estado ribereño puede no tener los recursos necesarios para asegurarse de que los restos de guerra en el mar no representen un peligro para el medio ambiente, o el Estado ribereño puede no haber sido parte en el conflicto, pero pese a ello la cooperación de dicho Estado puede ser necesaria en la labor de eliminación de los restos. Otro problema previsible es que los restos constituyan un riesgo ambiental, pero que la parte que los dejó no lo hiciera incumpliendo las obligaciones que le incumbían en virtud del derecho internacional en ese momento.

---

dispone que: “Incumbe a las Altas Partes Contratantes y a las partes en un conflicto esa responsabilidad respecto de los campos de minas, las zonas minadas, las minas, las armas trampa y otros artefactos que se encuentren en zonas que estén bajo su control”. Asimismo, el art. 3, párr. 2, del Protocolo V de la Convención sobre Ciertas Armas Convencionales dispone que: “Tras el cese de las hostilidades activas y a la mayor brevedad posible, cada Alta Parte Contratante y parte en un conflicto armado procederá a la señalización y la limpieza, remoción o destrucción de los restos explosivos de guerra en los territorios afectados bajo su control”; Convención sobre Municiones en Racimo, art. 4, párr. 1: “Cada Estado parte se compromete a limpiar y destruir o asegurar la limpieza y destrucción de los restos de municiones en racimo ubicados en las áreas que se encuentren bajo su jurisdicción o control”; Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción, art. 5, párr. 1: “Cada Estado parte se compromete a destruir, o a asegurar la destrucción de todas las minas antipersonal colocadas en las zonas minadas que estén bajo su jurisdicción o control”.

<sup>1434</sup> La necesidad de adoptar medidas de cooperación para valorar los efectos ambientales de los desechos de municiones químicas vertidas al mar y concienciar acerca de ellos está reconocida explícitamente por la Asamblea General desde 2010, en particular en su resolución [71/220](#). La resolución reafirma la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y recuerda varios instrumentos internacionales y regionales pertinentes. Observa asimismo la importancia de concienciar acerca de los efectos ambientales de los desechos de municiones químicas vertidas al mar e invita al Secretario General a recabar las opiniones de los Estados Miembros y las organizaciones internacionales y regionales pertinentes sobre las medidas de cooperación previstas en la resolución a fin de identificar los órganos intergubernamentales apropiados dentro de las Naciones Unidas para el ulterior examen y aplicación, según proceda, de dichas medidas.

<sup>1435</sup> Véase la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1833, núm. 31363, pág. 3. Los restos de guerra podrían hallarse en las aguas territoriales, la plataforma continental, la zona económica exclusiva o en alta mar, y esto incidirá en los derechos y las obligaciones de los Estados.

<sup>1436</sup> Véanse A. Lott, “Pollution of the marine environment by dumping: legal framework applicable to dumped chemical weapons and nuclear waste in the Arctic Ocean”, *Nordic Environmental Law Journal*, vol. 1 (2015), págs. 57 a 69, y W. Searle y D. Moody, “Explosive Remnants of War at Sea: Technical Aspects of Disposal”, en *Explosive Remnants of War: Mitigating the Environmental Effects*, A. Westing (ed.) (Taylor & Francis, 1985).

3) Por consiguiente, el proyecto de principio 28 se refiere a los Estados en general, no solo a los que han participado en un conflicto armado. Tiene por objeto alentar a todos los Estados, así como a las organizaciones internacionales pertinentes<sup>1437</sup>, a cooperar para que los restos de guerra en el mar no constituyan un peligro para el medio ambiente. La referencia a las “organizaciones internacionales” viene acompañada del calificativo “pertinentes” porque las cuestiones que se plantean suelen requerir competencias especializadas.

4) Se consideró apropiado utilizar las palabras “deben cooperar” en lugar de “deberán cooperar”, más prescriptivas, dado que se trata de un ámbito en el que aún se está desarrollando la práctica. La cooperación es un elemento importante en relación con los restos de guerra en el mar, puesto que los Estados ribereños afectados negativamente por dichos restos pueden no disponer de los recursos necesarios y, por ende, de capacidad para que no representen un riesgo ambiental.

5) Los Estados y las organizaciones internacionales pertinentes pueden cooperar de diversos modos para que los restos de guerra en el mar no representen un riesgo ambiental. Por ejemplo, podrían estudiar las zonas marítimas y poner la información a disposición de los Estados afectados sin costo alguno, ofrecer mapas con balizas y facilitar información tecnológica y científica e información que permita determinar si los restos suponen un riesgo o pueden suponer un riesgo en el futuro.

6) Cada vez hay más concienciación sobre los efectos ambientales de los restos de guerra en el mar<sup>1438</sup>. Los peligros que los restos de guerra representan para el medio ambiente podrían ocasionar considerables daños colaterales a la salud y la seguridad de las personas, especialmente de los marinos y pescadores<sup>1439</sup>. Varios instrumentos de derecho internacional han reconocido la clara relación entre el peligro para el medio ambiente y la salud y la seguridad públicas y, por ello, se consideró particularmente importante alentar la cooperación entre los Estados y las organizaciones internacionales para que los restos de guerra en el mar no representen ningún peligro<sup>1440</sup>.

7) Deliberadamente, el proyecto de principio 28 no trata sobre ninguna de las cuestiones relativas a la atribución de la responsabilidad ni a la indemnización por daños relacionados con los restos de guerra en el mar. La determinación de la parte que tiene la obligación principal de velar por que los restos de guerra en el mar no representen ningún riesgo ambiental es una cuestión muy compleja y su definición es una tarea delicada, especialmente teniendo en cuenta la variada naturaleza jurídica del derecho del mar, que regula desde las aguas interiores a la alta mar.

<sup>1437</sup> Por ejemplo, el proyecto CHEMSEA, puesto en marcha en 2011 como proyecto de cooperación entre los Estados bálticos y financiado en parte por la Unión Europea (véase la nota 1424 *supra*).

<sup>1438</sup> Véanse las resoluciones de la Asamblea General 65/149, de 20 de diciembre de 2010, y 68/208, de 20 de diciembre de 2013, y el documento A/68/258. Véase también Mensah, “Environmental damages under the Law of the Sea Convention”, pág. 233.

<sup>1439</sup> La Comisión para la Protección del Medio Marino del Báltico (Comisión de Helsinki), órgano rector del Convenio sobre la Protección del Medio Marino de la Zona del Mar Báltico, elaboró unas directrices para pescadores que encuentren municiones químicas vertidas al mar en una fase inicial. Para tener una visión general fácilmente accesible, véase el trabajo realizado por el James Martin Center for Nonproliferation Studies en [www.nonproliferation.org/chemical-weapon-munitions-dumped-at-sea/](http://www.nonproliferation.org/chemical-weapon-munitions-dumped-at-sea/) (consulta realizada el 8 de julio de 2019).

<sup>1440</sup> Existe una clara relación entre el peligro para el medio ambiente y la salud y la seguridad públicas. Véanse, por ejemplo, el artículo 55, párrafo 1, del Protocolo adicional I, que habla de la protección del medio ambiente natural en los conflictos armados internacionales y prohíbe emplear métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar o de los que quepa prever que causen daños al medio ambiente, comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población; el artículo 1, párrafo 2, del Convenio sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales dispone que los efectos adversos para el medio ambiente incluyen: “los que afectan a la salud y la seguridad humanas, la flora, la fauna, el suelo, el aire, el agua, el clima, el paisaje y los monumentos históricos u otras estructuras físicas, o a la interacción entre dichos factores; incluyen asimismo los efectos sobre el patrimonio cultural y las condiciones socioeconómicas resultantes de las modificaciones de estos factores”.

## Capítulo VII

### La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado

#### A. Introducción

72. En su 69º período de sesiones (2017), la Comisión decidió incluir el tema “La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado” en su programa de trabajo y nombró Relator Especial al Sr. Pavel Šturma<sup>1441</sup>. Posteriormente, la Asamblea General, en su resolución 72/116, de 7 de diciembre de 2017, tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo.

73. En ese mismo período de sesiones, la Comisión examinó el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/708), en el que este exponía el enfoque que iba a adoptar con respecto al alcance y el resultado del tema y ofrecía una visión general de las disposiciones generales relacionadas con el mismo. Tras el debate en sesión plenaria, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de artículo 1 a 4, que figuraban en el primer informe del Relator Especial. Posteriormente, la Comisión tomó nota del informe provisional del Presidente del Comité de Redacción sobre los proyectos de artículo 1 y 2, aprobados provisionalmente por el Comité, que fue presentado a la Comisión únicamente a título informativo<sup>1442</sup>.

74. En su 70º período de sesiones (2018), la Comisión tuvo ante sí el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/719), en el que se examinaban la legalidad de la sucesión, las normas generales sobre la sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado y ciertas categorías especiales de la sucesión de Estados en las obligaciones derivadas de la responsabilidad. Tras el debate en sesión plenaria, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de artículo 5 a 11 que figuraban en el segundo informe del Relator Especial. Posteriormente, la Comisión tomó nota del informe provisional del Presidente del Comité de Redacción sobre el proyecto de artículo 1, párrafo 2, y los proyectos de artículo 5 y 6, aprobados provisionalmente por el Comité, que fue presentado a la Comisión únicamente a título informativo<sup>1443</sup>.

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

75. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/731). La Comisión también tuvo ante sí un memorando de la Secretaría con información sobre tratados que pueden ser pertinentes para su futura labor sobre el tema (A/CN.4/730).

76. En su tercer informe, que consta de cuatro partes, el Relator Especial abordó en primer lugar cuestiones de carácter introductorio, incluidas ciertas consideraciones generales (primera parte). A continuación, el Relator Especial examinó cuestiones relacionadas con la reparación por el perjuicio resultante de un hecho internacionalmente ilícito contra el Estado predecesor, considerando, en particular, las peticiones de reparación en diferentes categorías de sucesión de Estados, así como diversos enfoques respecto de la reparación por perjuicios resultante de hechos internacionalmente ilícitos contra los nacionales del Estado predecesor (segunda parte). Además, el Relator Especial hizo propuestas técnicas en relación con el proyecto de artículos (tercera parte). Por último, se ocupó del futuro programa de trabajo sobre el tema (cuarta parte). El Relator Especial

<sup>1441</sup> En su 3354ª sesión, celebrada el 9 de mayo de 2017. El tema había sido incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión en su 68º período de sesiones (2016), sobre la base de la propuesta que figuraba en el anexo B del informe de la Comisión (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/71/10)*).

<sup>1442</sup> El informe provisional del Presidente del Comité de Redacción puede consultarse en la Analytical Guide to the Work of the International Law Commission: [http://legal.un.org/ilc/guide/3\\_5.shtml](http://legal.un.org/ilc/guide/3_5.shtml).

<sup>1443</sup> *Ibid.*

propuso varios proyectos de artículo nuevos (proyectos de artículo 2, apartado f), X, Y, 12, 13, 14 y 15), sugirió que el proyecto de artículos se organizara en tres partes (partes primera, segunda y tercera) y propuso los títulos para las partes segunda y tercera<sup>1444</sup>.

<sup>1444</sup> El texto del apartado f) del proyecto de artículo 2 y de los proyectos de artículo X, Y, 12, 13, 14 y 15, así como los títulos de las partes segunda y tercera, propuestos por el Relator Especial en su tercer informe, figuran a continuación:

**Proyecto de artículo 2**

**Términos empleados**

A los fines del presente proyecto de artículos:

f) Por “Estados interesados” se entenderá, en relación con un caso de sucesión de Estados, el Estado que, antes de la fecha de la sucesión de Estados, fuera responsable de un hecho internacionalmente ilícito, el Estado lesionado por ese hecho y el Estado sucesor o los Estados sucesores de cualquiera de esos Estados;

**Título de la segunda parte**

**Reparación por el perjuicio resultante de hechos internacionalmente ilícitos del Estado predecesor**

**Proyecto de artículo X**

**Alcance de la segunda parte**

Las disposiciones de esta parte se aplicarán a la reparación por el perjuicio resultante de hechos internacionalmente ilícitos del Estado predecesor por los que el Estado lesionado no hubiera recibido una reparación íntegra antes de la fecha de la sucesión de Estados.

**Título de la tercera parte**

**Reparación por el perjuicio resultante de hechos internacionalmente ilícitos contra el Estado predecesor**

**Proyecto de artículo Y**

**Alcance de la presente parte**

Los artículos de la presente parte se aplicarán a la reparación por el perjuicio resultante de hechos internacionalmente ilícitos contra el Estado predecesor por los que este Estado no hubiera recibido una reparación íntegra antes de la fecha de la sucesión de Estados.

**Proyecto de artículo 12**

**Casos de sucesión de Estados cuando el Estado predecesor sigue existiendo**

1. En los casos de sucesión de Estados:
  - a) cuando parte del territorio de un Estado, o cualquier territorio de cuyas relaciones internacionales sea responsable un Estado y no forme parte del territorio de ese Estado, pase a ser parte del territorio de otro Estado; o
  - b) cuando una parte o partes del territorio de un Estado se separen para formar uno o varios Estados, y continúe existiendo el Estado predecesor; o
  - c) cuando un Estado sucesor sea un Estado de reciente independencia cuyo territorio, inmediatamente antes de la fecha de la sucesión de Estados, fuera un territorio dependiente de cuyas relaciones internacionales fuera responsable el Estado predecesor; el Estado predecesor lesionado por un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado podrá pedir a este Estado reparación incluso después de la fecha de sucesión de Estados.
2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, el Estado sucesor podrá pedir al Estado responsable una reparación en circunstancias especiales en que el perjuicio se refiera a la parte del territorio o a los nacionales del Estado predecesor que pasaron a ser territorio o nacionales del Estado sucesor.

3. Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión de indemnización entre el Estado predecesor y el Estado sucesor.

**Proyecto de artículo 13**

**Unificación de Estados**

1. Cuando dos o más Estados se unan y formen de ese modo un Estado sucesor, el Estado sucesor podrá pedir una reparación al Estado responsable.
2. El párrafo 1 será de aplicación a menos que los Estados interesados convengan en otra cosa.

77. La Comisión examinó el tercer informe del Relator Especial en sus sesiones 3475<sup>a</sup> a 3480<sup>a</sup>, del 8 al 15 de julio de 2019. En su 3480<sup>a</sup> sesión, celebrada el 15 de julio de 2019, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de artículo 2, párrafo f), X, Y, 12, 13, 14 y 15, así como los títulos de las partes segunda y tercera, que figuraban en el tercer informe del Relator Especial, teniendo en cuenta las opiniones expresadas en el debate en sesión plenaria.

78. En su 3489<sup>a</sup> sesión, celebrada el 24 de julio de 2019, la Comisión examinó el primer informe del Comité de Redacción sobre el tema<sup>1445</sup> y aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 1, 2 y 5, que habían sido aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en los períodos de sesiones 69<sup>o</sup> y 70<sup>o</sup> (véase la sección C.1 *infra*).

79. En su 3495<sup>a</sup> sesión, celebrada el 31 de julio de 2019, el Presidente del Comité de Redacción presentó un informe oral provisional sobre los proyectos de artículo 7, 8 y 9 aprobados provisionalmente por el Comité en el presente período de sesiones. El informe se presentó únicamente a título informativo y puede consultarse en el sitio web de la Comisión<sup>1446</sup>. La Comisión tomó nota de los proyectos de artículo que le presentó el Comité de Redacción.

80. En su 3507<sup>a</sup> sesión, celebrada el 9 de agosto de 2019, la Comisión aprobó los comentarios a los proyectos de artículo 1, 2 y 5, aprobados provisionalmente en el actual período de sesiones (véase la sección C.2 *infra*).

## 1. Presentación del tercer informe por el Relator Especial

81. El Relator Especial indicó que, en la primera parte de su tercer informe, se recordaban la labor realizada hasta la fecha por la Comisión sobre el tema y el resumen del debate celebrado en la Sexta Comisión de la Asamblea General. Reiterando que estaba atento a las observaciones formuladas en la Comisión y en la Sexta Comisión, el Relator Especial subrayó que estaba abierto a sugerencias en relación con sus propuestas. El informe tenía por objeto seguir el programa de trabajo, previamente esbozado, sin precipitaciones indebidas. Aparte de una nueva definición y de dos disposiciones sobre la estructura del proyecto de artículos, solo se proponían cuatro nuevos proyectos de artículo sustantivos. Además, en el informe se aclaraba el enfoque del Relator Especial respecto del

### **Proyecto de artículo 14** **Disolución de Estados**

1. Cuando partes del territorio del Estado se separen para formar dos o más Estados y el Estado predecesor deje de existir, uno o más Estados sucesores podrán pedir una reparación al Estado responsable.
2. Dichas reclamaciones y acuerdos deberán tener en cuenta un nexo entre las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito y el territorio o los nacionales del Estado sucesor, una proporción equitativa y otros factores pertinentes.
3. Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión de indemnización entre los Estados sucesores.

### **Proyecto de artículo 15** **Protección diplomática**

1. El Estado sucesor podrá ejercer la protección diplomática en relación con una persona que sea nacional suyo en la fecha de la presentación oficial de la reclamación pero que no lo fuera en la fecha en que se produjo el perjuicio, siempre que la persona o la sociedad tuviera la nacionalidad de un Estado predecesor o hubiera perdido su nacionalidad anterior y adquirido, por una razón no relacionada con la presentación de la reclamación, la nacionalidad del Estado sucesor de un modo que no estuviere en contradicción con el derecho internacional.
2. En las mismas condiciones establecidas en el párrafo 1, una reclamación en ejercicio de la protección diplomática iniciada por el Estado predecesor podrá ser continuada después de la fecha de la sucesión de Estados por el Estado sucesor.
3. Los párrafos 1 y 2 se entenderán sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre la responsabilidad del Estado relativas a la nacionalidad de las reclamaciones y las normas sobre protección diplomática.

<sup>1445</sup> El informe provisional del Presidente del Comité de Redacción puede consultarse en la Analytical Guide to the Work of the International Law Commission (véase la nota 1442 *supra*).

<sup>1446</sup> *Ibid.*

tema, que excluía tanto la extinción automática de la responsabilidad como la transferencia automática de esta en los casos de sucesión de Estados. Por lo que se refiere al hecho de que puedan darse situaciones complejas en el caso de que el Estado predecesor y uno o más Estados sucesores reclamen el derecho a una reparación, el Relator Especial indicó que esta cuestión se abordaría en su cuarto informe. También consideró útil poner de manifiesto de forma expresa que el proyecto de artículos solo abarcaba las situaciones en que el perjuicio no se resuelve con una reparación antes de la fecha de la sucesión de Estados y propuso los proyectos de artículo X e Y a tal efecto.

82. En la segunda parte del informe, que se ocupaba de la reparación por el perjuicio resultante de un hecho internacionalmente ilícito contra el Estado predecesor, se abordaba el denominado aspecto “pasivo” de la responsabilidad del Estado, en los casos en que la sucesión de Estados tiene lugar en relación con el Estado lesionado. A diferencia de la resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre la sucesión de Estados en cuestiones de responsabilidad internacional, el Relator Especial propuso analizar la posible transferencia de derechos por separado de la de obligaciones, teniendo en cuenta que una diferencia importante entre la cuestión de la sucesión en el derecho a la reparación, por una parte, y la cuestión de la sucesión en las obligaciones derivadas de la responsabilidad del Estado, por otra, era que el derecho a la reparación era una consecuencia del hecho internacionalmente ilícito del Estado responsable que no se veía afectado por los cambios territoriales que dieron lugar a la sucesión de Estados.

83. Además, el Relator Especial distinguía entre las situaciones en que el Estado predecesor seguía existiendo después de la fecha de sucesión y los casos en que el Estado predecesor dejaba de existir. Cuando el Estado predecesor seguía existiendo, la sucesión no afectaba a su derecho a pedir una reparación al Estado autor del hecho ilícito por actos cometidos antes de la fecha de la sucesión. Esa petición tenía como base las normas que regulan la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. No obstante, esas normas no daban respuesta a todas las cuestiones que podían surgir cuando el perjuicio afectaba principal o exclusivamente a una parte del territorio que había pasado a formar parte del Estado sucesor. En situaciones como la descolonización, la separación o la transferencia de territorio, cuando el perjuicio afectaba a personas que posteriormente pasaban a ser nacionales del Estado sucesor, el Relator Especial consideraba poco probable que el Estado predecesor pudiera seguir pidiendo una reparación después de la fecha de la sucesión. En cambio, según la opinión predominante en la doctrina, cuando el Estado predecesor dejaba de existir, el derecho a una reparación no pasaba del Estado predecesor al Estado sucesor. No obstante, el Relator Especial advirtió contra el trato discriminatorio de los Estados cuando se cuestionaba la continuidad, al entender que la distinción que se hacía entre los casos de disolución y los de separación de un Estado se basaba con frecuencia en consideraciones políticas más generales, y no en criterios objetivos. Además, la idea de que existe un derecho “personal” a pedir una reparación que pertenece únicamente al Estado predecesor parecía reflejar una doctrina positivista tradicional, que consideraba la responsabilidad del Estado como algo estrechamente vinculado a la personalidad jurídica, y no como un conjunto de derechos y obligaciones secundarios.

84. Asimismo, en el informe se analizaban las peticiones de reparación en diferentes categorías de sucesión de Estados sobre la base de la práctica de los Estados, principalmente los acuerdos y decisiones de las cortes y tribunales internacionales, cuyo alcance era limitado debido al reducido número de casos de sucesión de Estados. Los proyectos de artículos 12 a 14 estaban inspirados por las consideraciones anteriores y se basaban en la distinción entre las situaciones en que el Estado predecesor seguía existiendo y aquellas en que el Estado predecesor dejaba de existir. El Relator Especial subrayó que la expresión “podrá pedir” utilizada en esos proyectos de artículo descartaba cualquier alegación de sucesión automática y se limitaba a reflejar la idea de que un Estado sucesor puede reclamar o pedir una reparación. Ese enfoque se ajustaba a la prioridad dada generalmente a los acuerdos que la Comisión había seguido en este tema. Además, en el párrafo 2 del proyecto de artículo 14 se recordaba que toda reclamación y todo acuerdo debe tener en cuenta un nexo entre las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito y el territorio o los nacionales del Estado sucesor, una proporción equitativa y otros factores pertinentes, que podían incluir el principio del enriquecimiento injusto.



85. En el informe también se abordaba la posible sucesión en el derecho a una reparación en los casos en que tenía lugar un hecho internacionalmente ilícito contra nacionales del Estado predecesor, sobre la base de un análisis de la práctica más amplia de los Estados, incluidos los acuerdos y la práctica de las cortes y tribunales internacionales y de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas. Esto ponía de manifiesto que una petición de reparación por parte del Estado sucesor no era puramente teórica o poco frecuente, ni afectaba únicamente a las relaciones entre Estados, sino que tenía consecuencias prácticas importantes para el ejercicio efectivo de la protección diplomática por los Estados en el caso de un perjuicio sufrido, antes de la fecha de la sucesión, por personas que posteriormente se convertían en sus nacionales. El Relator Especial observó además que, en la práctica y la doctrina modernas, el cambio de nacionalidad resultante de la sucesión de Estados se aceptaba en general como una excepción a la regla tradicional de continuidad de la nacionalidad. Así pues, se proponía el proyecto de artículo 15 a tal efecto. El Relator Especial observó que esa propuesta era coherente con los artículos sobre la protección diplomática, en particular<sup>1447</sup>. En el párrafo 1 del proyecto de artículo 15 se reconocía que el Estado sucesor podía ejercer la protección diplomática en circunstancias especiales, mientras que en el párrafo 2 se disponía que, en las mismas condiciones, una reclamación en ejercicio de la protección diplomática iniciada por el Estado predecesor podía ser continuada después de la fecha de la sucesión por el Estado sucesor. En el párrafo 3 del proyecto de artículo 15 se aclaraba que los párrafos 1 y 2 se entenderían sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre la responsabilidad del Estado relativas a la nacionalidad de las reclamaciones y las normas sobre protección diplomática.

86. La tercera parte del informe se centraba en la estructura de los proyectos de artículo presentados hasta la fecha. El Relator Especial había considerado útil organizarlos en tres partes e incluir dos proyectos de artículo para abordar los respectivos alcances de las partes segunda y tercera, a saber, los proyectos de artículo X e Y. En relación con el proyecto de artículo 2, “Términos empleados”, se proponía un nuevo apartado f) para definir el término “Estados interesados”, al que se hacía referencia con frecuencia en el proyecto de artículos y que tenía un sentido especial en el contexto de la sucesión de Estados.

87. En cuanto al futuro programa de trabajo, el Relator Especial indicó que su cuarto informe se centraría en las formas y la invocación de la responsabilidad en el contexto de la sucesión de Estados y también se abordarían en él cuestiones de carácter procesal y cuestiones varias, incluidos los problemas que surgen en situaciones en que hay varios Estados sucesores y la cuestión de la responsabilidad compartida. Cabía esperar que el tema pudiera completarse en primera lectura en 2020 o 2021.

## 2. Resumen del debate

### a) Observaciones generales

88. En general, los miembros de la Comisión mostraron su satisfacción con el tercer informe del Relator Especial y agradecieron el memorando preparado por la Secretaría.

89. Con respecto a la metodología del informe, varios miembros elogiaron el estudio que había hecho el Relator Especial de la práctica, la jurisprudencia y la doctrina pertinentes de los Estados, si bien otros pidieron un análisis más detallado de esas fuentes. Se hizo un llamamiento a la cautela contra una excesiva dependencia de las obras académicas y de la labor del Instituto de Derecho Internacional. Los miembros estuvieron de acuerdo con la valoración del Relator Especial de que la práctica de los Estados era diversa, específica en función del contexto y delicada. Algunos miembros recordaron también que la escasez de práctica de los Estados se había puesto de relieve durante el debate en la Sexta Comisión, y subrayaron la necesidad de tener en cuenta fuentes de práctica de los Estados más diversas desde el punto de vista geográfico. Varios miembros observaron también que los acuerdos especiales o los pagos a título graciable de los Estados eran a menudo el resultado de consideraciones políticas o de otras consideraciones que no

<sup>1447</sup> Resolución 62/67 de la Asamblea General, de 6 de diciembre de 2007, anexo. El proyecto de artículos aprobado por la Comisión, con sus comentarios, figuran en *Anuario...*, 2006, vol. II (segunda parte), párrs. 49 y 50.

eran jurídicas. La mayoría de estos casos no demostraban la existencia de *opinio iuris* respecto de una norma general en relación con la sucesión de Estados, sino que constituían arreglos específicos en función del contexto.

90. Los miembros de la Comisión coincidieron con el Relator Especial en el carácter subsidiario del proyecto de artículos y en la prioridad que debía darse a los acuerdos entre los Estados interesados. Se sugirió que se abordara en mayor detalle la importancia que tenían los acuerdos. Además, según algunos miembros, debería examinarse la relación entre un acuerdo de indemnización global concertado antes de la fecha de sucesión de Estados y el principio de la reparación íntegra. A este respecto, se dijo que la existencia de un acuerdo de indemnización global no indicaba necesariamente una reparación íntegra, ya que había ejemplos de decisiones de cortes o tribunales nacionales que admitían reclamaciones de reparación pese a existir un acuerdo anterior de indemnización global.

91. Varios miembros hicieron hincapié en la regla general de la no sucesión, con algunas excepciones. Si bien algunos miembros apoyaron el enfoque flexible del Relator Especial, otros insistieron en la necesidad de aclarar si ese enfoque se apartaría de la norma general de la no sucesión. Se sugirió que la Comisión podría reconocer la limitada práctica de los Estados en este ámbito al principio del comentario o abordar el proyecto como un esfuerzo por elaborar una nueva convención, que estaría sujeta al apoyo de los Estados. Se propuso que la Comisión indicara expresamente que estaba llevando a cabo un ejercicio de desarrollo progresivo del derecho internacional al proponer proyectos de artículo, con las mejores prácticas en mente, considerando también que la *lex ferenda* debía basarse en motivos sólidos y no en preferencias de política. Además, se dijo que la labor de la Comisión no era carácter de carácter transaccional y no debía tratar de resolver controversias pendientes entre Estados, por lo que las reglas propuestas deberían ser de aplicación general.

92. Se reiteró la importancia de mantener la coherencia, en cuanto a terminología y contenido, con la labor previa de la Comisión. Se recordó que en la Sexta Comisión se habían expuesto varias opiniones acerca del grado en que debían reproducirse disposiciones de la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en materia de Tratados<sup>1448</sup>, de 1978, y la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado<sup>1449</sup>, de 1983, como las relativas a los Estados de reciente independencia. También se insistió en que el proyecto de artículos propuesto debía ser compatible con los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos<sup>1450</sup> y los artículos sobre la protección diplomática.

93. Varios miembros sugirieron que se cambiara el título del tema por el de “Problemas y aspectos de la responsabilidad del Estado en casos de sucesión de Estados”, como se había sugerido en la Sexta Comisión, o por el de “Sucesión de Estados en cuestiones de responsabilidad internacional”, que es el título utilizado por el Instituto de Derecho Internacional. Como alternativa, se propuso el título “Reparación del perjuicio resultante de hechos internacionalmente ilícitos en la sucesión de Estados”. Otros miembros indicaron su preferencia por mantener el título actual del tema.

## b) Estructura del proyecto de artículos

94. Recibió apoyo la propuesta del Relator Especial de organizar el proyecto de artículos en partes, así como la de incluir los proyectos de artículo X e Y indicando el alcance de cada parte. Hubo otra propuesta de organizar el proyecto de artículos según categorías específicas de sucesión de Estados y abordar la posible transferencia conjunta de derechos y obligaciones en el mismo proyecto de artículos. A este respecto, los miembros

<sup>1448</sup> Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en materia de Tratados (Viena, 23 de agosto de 1978), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1946, núm. 33356, pág. 3.

<sup>1449</sup> Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado (Viena, 8 de abril de 1983), Naciones Unidas, *Anuario Jurídico 1983* (núm. de venta S.90.V.1), pág. 154.

<sup>1450</sup> Resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo. El proyecto de artículos aprobado por la Comisión, con sus comentarios, figuran en *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 76 y 77.

debatieron si las cuestiones relativas a los derechos y reclamaciones resultantes de un hecho internacionalmente ilícito podían tratarse por separado de las cuestiones relativas a las obligaciones resultantes de ese hecho. Si bien varios miembros reiteraron su preocupación de que ello pudiera dar lugar a una duplicación innecesaria del trabajo, se dijo que el derecho a una reparación era un “derecho adquirido” transferible de un Estado predecesor a un Estado sucesor, mientras que el concepto de “obligaciones adquiridas” no estaba reconocido en la doctrina jurídica.

95. Algunos miembros también coincidieron con el Relator Especial en la distinción general entre situaciones en que el Estado predecesor seguía existiendo y situaciones en que había dejado de existir, aunque se cuestionó si esa distinción debía matizarse más. En cuanto a las categorías específicas de sucesión de Estados, algunos miembros apoyaron la formulación del proyecto de artículo 12, en el que se fusionaban tres categorías de sucesión de Estados, mientras que otros expresaron dudas al respecto. Se propuso definir esas categorías de sucesión en el proyecto de artículo 2 sobre “Términos empleados”.

**c) Proyecto de artículo 2 f)**

96. Algunos miembros se preguntaron si era necesario definir el término “Estados interesados”, que podría dar lugar a confusión, y sugirieron que bastaría con explicarlo en el comentario.

**d) Proyectos de artículo 12 a 14**

97. Si bien algunos miembros apoyaron el enfoque general respecto de la reparación seguido en los proyectos de artículo 12 a 14, otros consideraron que la expresión “podrán pedir” era ambigua. A este respecto, se formularon varias propuestas de redacción para distinguir el derecho reconocido por la ley a una reparación de la posibilidad procedimental de pedirla. No obstante, algunos miembros cuestionaron la utilidad de reconocer posibilidades procedimentales sin identificar derechos y obligaciones sustantivos. Hubo diferentes opiniones acerca de si los términos “reparación” o “indemnización” debían utilizarse en esos proyectos de artículo y si la referencia al “perjuicio” era apropiada, a la luz de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

98. Varios miembros consideraron que el principio del enriquecimiento injusto podía constituir la base del desarrollo progresivo del derecho internacional en los proyectos de artículo 12 a 14, aunque otros cuestionaron que fuera apropiado o suficiente en el contexto de este tema. También se señaló que el concepto de enriquecimiento injusto quedaba fuera de las normas de responsabilidad del Estado.

99. En relación con el proyecto de artículo 12, algunos miembros destacaron la necesidad de aclarar el sentido de la expresión “circunstancias especiales” que figuraba en el párrafo 2. A este respecto, en la labor del Instituto de Derecho Internacional se hacía referencia a las “circunstancias especiales” únicamente en el contexto específico de una posible distribución de la responsabilidad entre los Estados predecesores y los Estados sucesores como solución excepcional. También se sugirió que se hiciera referencia a los acuerdos entre Estados en el párrafo 2. Además, era preciso que hubiera coherencia con la frase “circunstancias particulares” propuesta anteriormente en los proyectos de artículo 7 a 9. La formulación del párrafo 2 del proyecto de artículo 12 parecía tener más amplitud que el requisito de un “vínculo directo” entre el hecho internacionalmente ilícito o sus consecuencias y el territorio o los nacionales del Estado sucesor en los proyectos de artículo 7 a 9. En cambio, en el párrafo 2 del proyecto de artículo 14 se requería un “nexo” entre las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito y el territorio o los nacionales del Estado sucesor. Asimismo, se señaló que el término “nacionales” tal vez fuera demasiado restrictivo y que podría sustituirse por “personas bajo la jurisdicción del Estado sucesor”. Al mismo tiempo, se planteó la cuestión de si un Estado de reciente independencia, como resultado de haber ejercido el derecho a la libre determinación, podía considerarse Estado lesionado sucesor con derechos directos. Se sugirió que en el comentario se distinguiera entre el derecho de un Estado sucesor a pedir una reparación y el potencial derecho de los particulares a pedir una reparación sin la intervención del Estado.

100. Se formularon varias propuestas en relación con el proyecto de artículo 13. En conexión con ello se hizo referencia al artículo 13 de la resolución del Instituto de Derecho Internacional. Se sugirió que los casos de fusión de Estados y los casos de incorporación de un Estado a otro Estado existente se trataran en proyectos de artículo separados. Si bien el párrafo 2 del proyecto de artículo 13 contó con apoyo por reflejar la prioridad de cualquier acuerdo entre los Estados interesados, también se dijo que podría suprimirse.

101. En cuanto al proyecto de artículo 14, se propuso que el párrafo 1 se formulara de nuevo para que se centrara en la disolución de un Estado sin hacer referencia a la separación de una parte del Estado. La referencia a los acuerdos en el párrafo 2 del proyecto de artículo 14 requería una explicación. Se dijo que los acuerdos entre Estados sucesores deberían considerarse una prioridad respecto de los demás factores del párrafo 2. Se sugirió que debía aclararse el término “nexo” en el párrafo 2, y se mencionó que la expresión “otros factores pertinentes” planteaba cuestiones similares en relación con consideraciones de equidad, como el enriquecimiento injusto. También se hicieron varias sugerencias de redacción en relación con el párrafo 3.

**e) Proyecto de artículo 15**

102. Varios miembros estuvieron de acuerdo con el enfoque del Relator Especial de permitir una excepción al principio de continuidad de la nacionalidad en casos de sucesión de Estados para evitar situaciones en las que una persona quedase sin protección. A este respecto, se hizo referencia al preámbulo de los artículos sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados<sup>1451</sup>, en el que se afirmaba que debían tenerse debidamente en cuenta tanto los intereses legítimos de los Estados como los de los individuos. Otros miembros pusieron de manifiesto que la doctrina y la práctica en esta esfera no eran uniformes. Se expresaron algunas dudas sobre si debían abordarse en este tema cuestiones de la protección diplomática. Se subrayó la necesidad de considerar las observaciones de los Estados en la Sexta Comisión acerca de los artículos relativos a la protección diplomática.

103. Algunos miembros observaron que había coherencia entre el proyecto de artículo 15 y el párrafo 2 del artículo 5 de los artículos sobre la protección diplomática, así como entre aquel y el párrafo 1 del artículo 10 de la resolución del Instituto de Derecho Internacional. No obstante, se subrayó que los proyectos de artículo propuesto por el Relator Especial no debían entrar en conflicto con los artículos sobre la protección diplomática. Se requería un análisis más profundo de su interacción. Se propuso que en el proyecto de artículo 15, o en su comentario, se incluyeran las salvaguardias enunciadas en los párrafos 3 y 4 del artículo 5 de los artículos sobre la protección diplomática, que tenían por objeto evitar los abusos e impedir la “búsqueda de la nacionalidad más ventajosa” en caso de que no se aplicara la norma de continuidad de la nacionalidad.

104. Se pidieron aclaraciones sobre la referencia a “la sociedad” en el párrafo 1 del proyecto de artículo 15. A este respecto, se hizo referencia al párrafo 1 del artículo 10 de los artículos sobre la protección diplomática. También se observó que el párrafo 2 del proyecto de artículo 15 no seguía el criterio de distinguir entre el hecho de que el Estado predecesor siguiera existiendo o no. Se dijo que los párrafos 1 y 2 del proyecto de artículo 15 deberían reflejar las condiciones para el ejercicio de la protección diplomática por los Estados predecesores y sucesores. Además, se sugirió que en el párrafo 3 del proyecto de artículo 15, o en su comentario, se explicara que la protección diplomática no era el único recurso para la reivindicación de los derechos de los individuos, que no podían ser privados del derecho a una reparación debido a cambios territoriales, cualquiera que fuese la circunstancia. Además, se propuso que el proyecto de artículo 15 abordara el caso de la protección diplomática en nombre de una persona con doble nacionalidad, una del Estado predecesor y otra del Estado sucesor, a la luz de los artículos sobre la protección diplomática que se referían a los casos de nacionalidad múltiple. Se propuso que se dijera expresamente que el Estado sucesor no recurriría a la fuerza para ejercer la protección diplomática o, al menos, que se reafirmara, en el proyecto de artículo 2 (Términos

<sup>1451</sup> Resolución 55/153 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2000. Anexo. El proyecto de artículos, con sus comentarios, figuran en *Anuario...*, 1999, vol. II (segunda parte), párrs. 47 y 48.

empleados), la definición de protección diplomática contenida en el artículo 1 de los artículos sobre la protección diplomática.

**f) Forma final**

105. Varios miembros plantearon la cuestión de si un proyecto de artículos era la forma más apropiada para el producto final de la labor sobre el tema, teniendo en cuenta las observaciones de algunos Estados que, como alternativa, expresaron preferencia por un proyecto de directrices, de principios, de conclusiones, de cláusulas modelo, o bien por un informe analítico. Se sugirió que el Relator Especial considerara la posibilidad de formular una recomendación sobre esta cuestión en su próximo informe.

**g) Futuro programa de trabajo**

106. En general, los miembros estuvieron de acuerdo con el futuro programa de trabajo propuesto por el Relator Especial, si bien algunos advirtieron de que la Comisión no debía precipitarse en su examen del tema. Se pidió al Relator Especial que aclarara si en su cuarto informe examinaría formas específicas de reparación. También se sugirió que el Relator Especial considerara la posibilidad de abordar la relación entre la sucesión de Estados y la responsabilidad de los Estados respecto de daños causados por crímenes según el derecho internacional, así como la posible pertinencia del tema de los principios generales del derecho, incluidos los principios de equidad.

**3. Observaciones finales del Relator Especial**

107. El Relator Especial celebró el sentido prevaleciente en el debate, que se centró en la manera de abordar el tema al objeto de lograr un resultado equilibrado y aceptable de manera general.

108. En cuanto a la necesidad de asegurar la coherencia con la labor anterior de la Comisión, el Relator Especial afirmó su disposición a resolver las cuestiones de terminología y de fondo en el Comité de Redacción. Los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos seguían siendo la base de la labor sobre el tema, que tenía por objeto aclarar las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito para un Estado predecesor o un Estado sucesor después de la fecha de la sucesión de Estados. En particular, el uso de los términos “perjuicio” y “Estado lesionado” en el proyecto de artículos que se proponía tenía por objeto ajustarse a las partes segunda y tercera de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

109. El Relator Especial se mostró de acuerdo con los miembros que dijeron que el tema podía y debía incluir elementos de desarrollo progresivo del derecho internacional. Esto podría indicarse al principio del comentario general al proyecto de artículos y, cuando fuera necesario, en relación con disposiciones específicas. Además, la labor sobre el tema podría llevarse a cabo sobre la base de un análisis cauto de la práctica estatal, que se explicaría en el comentario. Si bien el Relator Especial había tratado de incluir práctica estatal pertinente de fuentes más diversas, agradecería que los miembros de la Comisión y los Estados le facilitaran más ejemplos. También estaba de acuerdo con algunos miembros en que el tema podría basarse en principios generales del derecho, incluidos los relativos a los derechos adquiridos, el enriquecimiento injusto, la equidad y la razonabilidad. No obstante, era necesario considerar con cautela el papel de los principios generales del derecho. Por ejemplo, algunos de los principios existentes en el derecho internacional de las inversiones podían no ser de aplicación a otros ámbitos del derecho internacional. En todo caso, los principios generales del derecho podían seguir siendo pertinentes, junto con la práctica, la jurisprudencia y los acuerdos de los Estados, y podían convertirse en costumbre con el tiempo o servir de base para la negociación de acuerdos entre Estados.

110. Aun cuando el Relator Especial reconoció que era difícil afirmar la existencia de una norma general, no estuvo de acuerdo en que el hecho de que la práctica de los Estados no fuera concluyente apuntaría a una norma de “tabula rasa”. En particular, la norma de “tabula rasa” de la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en materia de Tratados, de 1978, se refería a los nuevos Estados independientes y no era de aplicación a

otras categorías de sucesión de Estados, mientras que la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado de 1983, contenía únicamente normas específicas para distintas categorías de sucesión de Estados en relación con los distintos ámbitos de la propiedad, los archivos y las deudas del Estado. Dado que la labor previa de la Comisión confirmaba varias normas específicas más que una norma general, la norma de “tabula rasa” no debía ser elevada a la categoría de norma general en este tema, en particular en situaciones en que el Estado predecesor siguiera existiendo. Además, aun cuando las obligaciones resultantes de un hecho internacionalmente ilícito no se transfirieran a un Estado sucesor de reciente independencia, la posición era diferente con respecto a la invocación de derechos, especialmente en circunstancias en que las consecuencias de ese hecho afectarían al territorio o a la población del Estado de reciente independencia. Esto también justificaba el tratamiento por separado de las obligaciones y los derechos en el proyecto de artículos. Asimismo, aunque el enfoque del Relator Especial sobre el tema se basaba en las normas relativas a la sucesión de Estados y la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, la doctrina de los derechos adquiridos podía servir de apoyo a ese enfoque.

111. Con respecto a la estructura del proyecto de artículos, el Relator Especial estuvo de acuerdo con la propuesta de que las diferentes categorías de sucesión de Estados en las que seguía existiendo el Estado predecesor podían fusionarse en un solo proyecto de artículo para evitar repeticiones innecesarias, mientras que las categorías de sucesión de Estados en las que el Estado predecesor dejara de existir podían abordarse en proyectos de artículo aparte. El Relator Especial indicó que sería útil seguir abordando la categoría de Estados de reciente independencia en el proyecto de artículos, como ponían de relieve los pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio*, en 1965<sup>1452</sup>.

112. El Relator Especial se mostró receptivo a la mayoría de las propuestas de redacción relativas a los proyectos de artículo 12, 13, 14 y 15. En cuanto a la expresión “podrá solicitar reparación” en los proyectos de artículo 12, 13 y 14, indicó que se pretendía que fuera lo suficientemente flexible como para reflejar tanto la *lex lata* como la *lex ferenda* sin una distinción clara, ya que algunas normas de *lex ferenda* podían evolucionar con el tiempo y convertirse en normas de *lex lata*. Este enfoque se ajustaba también al carácter subsidiario del proyecto de artículos. Sobre la base del análisis realizado por el Relator Especial de los acuerdos entre Estados, esa formulación flexible presentaba ventajas desde la perspectiva de permitir a los Estados llegar a un acuerdo, por ejemplo, sobre la restitución de objetos o la indemnización, sin ninguna referencia a la responsabilidad por un hecho internacionalmente ilícito. Además, el Relator Especial convino en aclarar la referencia a las circunstancias “especiales” o “particulares” en el proyecto de artículos y en considerar la posibilidad de sustituir el término “nacionales” por “población” en el párrafo 2 del proyecto de artículo 12. También reconoció la necesidad de sustituir el término “indemnización” en el párrafo 3 del proyecto de artículo 12 y en el párrafo 3 del proyecto de artículo 14, ya que esas disposiciones no se referían a una reparación por el Estado responsable al Estado lesionado, sino más bien a algún tipo de acuerdo, compensación, arreglo o reembolso entre el Estado predecesor y el Estado sucesor o entre dos Estados sucesores.

113. Si bien el Relator Especial simpatizaba con la opinión de que el proyecto de artículos debía abordar el posible derecho de los particulares a pedir una reparación con independencia de la intervención de un Estado, señaló que ello podría tener ramificaciones más amplias para este tema, cuyo alcance se establecía en el proyecto de artículo 1. A ese respecto, el proyecto de artículo 15 se centraba principalmente en la protección diplomática. El Relator Especial indicó que el proyecto de artículo 15 tenía por objeto ser compatible con los artículos sobre la protección diplomática y la labor del Instituto de Derecho Internacional. En cuanto a las salvaguardias previstas en los párrafos 3 y 4 del proyecto de artículo 5 de los artículos sobre la protección diplomática, el Relator consideró

<sup>1452</sup> *Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, opinión consultiva, 25 de febrero de 2019. Lista general núm. 169.

suficiente incluir una cláusula sin perjuicio en referencia a otras normas sobre protección diplomática, y explicar la necesidad de las salvaguardias en el comentario. A este respecto, observó que el riesgo de búsqueda de la nacionalidad más ventajosa podría ser menos importante en los casos de sucesión de Estados que entrañasen un cambio involuntario de nacionalidad.

114. El Relator Especial indicó su preferencia por mantener el título actual del tema en aras de la coherencia con la labor anterior de la Comisión. En particular, no consideró que palabras como “aspectos”, “problemas” y “cuestiones” fueran adecuadas para el título de un tema de la Comisión. Si bien otras propuestas merecían ser examinadas, sugirió que se volviese a examinar la cuestión del título en una etapa posterior, tras la aprobación provisional de todos los proyectos de artículo.

115. En cuanto al resultado de la labor sobre el tema, el Relator Especial se mostró de acuerdo con los miembros que afirmaron que la Comisión debería decidir en una etapa posterior cuál era la opción más adecuada. Reiteró que la preparación del proyecto de artículos era un método de trabajo estándar de la Comisión, que no prejuzgaba el resultado final. Si bien no deseaba cambiar la forma del proyecto de artículos para que fuera un proyecto de conclusiones, directrices, principios, o un informe analítico, estaba abierto a la propuesta de redactar cláusulas modelo o de compilar un anexo de cláusulas basadas en acuerdos existentes, que sería compatible con un proyecto de artículos.

116. En relación con el futuro programa de trabajo, el Relator Especial estuvo de acuerdo con las observaciones de que la Comisión debía disponer de tiempo suficiente y, con todo ello, podía aspirar a completar su labor en primera lectura para el fin del quinquenio. Indicó que su próximo informe se centraría en las formas de reparación (en particular, la restitución, la indemnización y las garantías de no repetición) y también podría abordar cuestiones de carácter procesal y cuestiones varias, incluidas las que se plantean en situaciones de varios Estados sucesores.

## **C. Texto de los proyectos de artículo sobre la sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado aprobados provisionalmente hasta el momento por la Comisión**

### **1. Texto de los proyectos de artículo**

117. A continuación se reproduce el texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente hasta el momento por la Comisión.

#### **La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado**

##### **Artículo 1**

###### **Alcance**

1. El presente proyecto de artículos se aplicará a los efectos de una sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

2. El presente proyecto de artículos se aplicará de no existir una solución diferente acordada por los Estados de que se trate.

##### **Artículo 2**

###### **Términos empleados**

A los efectos del presente proyecto de artículos:

a) se entenderá por “sucesión de Estados” la sustitución de un Estado por otro en la responsabilidad de las relaciones internacionales de un territorio;

b) se entenderá por “Estado predecesor” el Estado que haya sido sustituido por otro Estado a raíz de una sucesión de Estados;



c) se entenderá por “Estado sucesor” el Estado que haya sustituido a otro Estado a raíz de una sucesión de Estados;

d) se entenderá por “fecha de la sucesión de Estados” la fecha en la que el Estado sucesor haya sustituido al Estado predecesor en la responsabilidad de las relaciones internacionales del territorio al que se refiera la sucesión de Estados;

[...]

## **Artículo 5**

### **Casos de sucesión de Estados comprendidos en el presente proyecto de artículos**

El presente proyecto de artículos se aplicará únicamente a los efectos de una sucesión de Estados que se produzca de conformidad con el derecho internacional y, en particular, con los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas.

## **2. Texto del proyecto de artículos, con sus comentarios, aprobado provisionalmente por la Comisión en su 71<sup>er</sup> período de sesiones**

118. A continuación se reproduce el texto del proyecto de artículos, con sus comentarios, aprobado provisionalmente por la Comisión en su 71<sup>er</sup> período de sesiones.

### **La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado**

#### **Artículo 1**

##### **Alcance**

1. El presente proyecto de artículos se aplicará a los efectos de una sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

2. El presente proyecto de artículos se aplicará de no existir una solución diferente acordada por los Estados de que se trate.

#### **Comentario**

1) Este proyecto de artículo establece el alcance del presente proyecto de artículos en dos aspectos importantes, que se abordan sucesivamente en los párrafos 1 y 2.

2) El párrafo 1 determina que el alcance material del presente proyecto de artículos se limita a cuestiones de la sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado. La interacción entre estos dos conjuntos de normas se recoge en la frase “los efectos de una sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”. Ello está en consonancia con el enfoque de la Comisión respecto del estudio de los efectos de la *situación fáctica* de la sucesión de Estados en materia de tratados y en materia de bienes, archivos y deudas de Estado que se refleja en las Convenciones de Viena de 1978 y 1983<sup>1453</sup>.

3) El proyecto de artículos se ocupa de normas que se inscriben en dos ámbitos del derecho internacional, a saber, el derecho de la responsabilidad del Estado y el derecho de la sucesión de Estados. Tiene por objeto aclarar las relaciones entre ellos, en particular si la sucesión de Estados tiene efectos en la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, y en qué medida. El proyecto de artículos se refiere a esos conceptos en su sentido usual.

<sup>1453</sup> Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en materia de Tratados (Viena, 23 de agosto de 1978), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1946, núm. 33356, pág. 3; Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado (Viena, 8 de abril de 1983, aún no ha entrado en vigor), A/CONF.117/14.

4) El término “sucesión de Estados” se define en el apartado a) del proyecto de artículo 2. En el proyecto de artículo 5 se especifican además los casos de sucesión de Estados a los que se limita el presente proyecto de artículos.

5) En cuanto a la noción de “responsabilidad del Estado”, se emplea en el sentido del proyecto de artículos de la Comisión sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, de 2001<sup>1454</sup>. Según el comentario al artículo 1 de ese proyecto de artículos, la expresión “responsabilidad internacional” que figura en ese artículo “abarca las relaciones que nacen, en derecho internacional, del hecho internacionalmente ilícito de un Estado, ya se limiten dichas relaciones al Estado infractor y a un Estado lesionado o ya se extiendan también a otros Estados o incluso a otros sujetos de derecho internacional”<sup>1455</sup>.

6) El párrafo 1 deja claro que el presente proyecto de artículos se aplicará únicamente a los efectos de una sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Así pues, el alcance del presente tema no se ampliará a ninguna cuestión de responsabilidad internacional por consecuencias lesivas resultantes de actos no prohibidos por el derecho internacional.

7) En el párrafo 2 se aclara el carácter subsidiario del presente proyecto de artículos. La Comisión aprobó el párrafo 2 del proyecto de artículo 1, en el que se establece que “El presente proyecto de artículos se aplicará de no existir una solución diferente acordada por los Estados de que se trate”. En el mismo sentido, en el comentario general a los artículos sobre la responsabilidad del Estado se subraya que:

Al ser de carácter general, los artículos también son, en su mayor parte, de naturaleza subsidiaria. En principio, los Estados pueden especificar, al establecer una norma o al aceptar sujetarse a ella, que la violación de esa norma entrañará únicamente consecuencias particulares y, por consiguiente, excluir las normas ordinarias de la responsabilidad. Así se indica claramente en el artículo 55<sup>1456</sup>.

8) El proyecto de artículos se aplicará únicamente cuando los Estados de que se trate no hayan llegado entre sí a una solución diferente. Con la fórmula “una solución diferente” se pretende abarcar la amplia gama de posibles soluciones que las partes pueden adoptar en una situación de sucesión de Estados. Esas soluciones pueden manifestarse de diversas formas, como, por ejemplo, acuerdos internacionales, declaraciones unilaterales o una combinación de ambos. En ese sentido, la palabra “acordada” ha de interpretarse en sentido amplio y no se refiere únicamente al consentimiento en obligarse por un tratado. El término “Estados de que se trate” puede hacer referencia al Estado o los Estados predecesores, al Estado o los Estados sucesores, así como a cualquier Estado lesionado por un hecho internacionalmente ilícito ocurrido antes de la fecha de la sucesión.

## **Artículo 2**

### **Términos empleados**

A los efectos del presente proyecto de artículos:

- a) se entenderá por “sucesión de Estados” la sustitución de un Estado por otro en la responsabilidad de las relaciones internacionales de un territorio;
- b) se entenderá por “Estado predecesor” el Estado que haya sido sustituido por otro Estado a raíz de una sucesión de Estados;
- c) se entenderá por “Estado sucesor” el Estado que haya sustituido a otro Estado a raíz de una sucesión de Estados;

<sup>1454</sup> Resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo. El proyecto de artículos aprobado por la Comisión, con sus comentarios, figura en el *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, párrs. 76 y 77 (en adelante, “artículos sobre la responsabilidad del Estado”).

<sup>1455</sup> Párr. 5) del comentario al art. 1 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, en especial pág. 33.

<sup>1456</sup> Párr. 5) del comentario general a los artículos sobre la responsabilidad del Estado, *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, en especial pág. 32.

d) se entenderá por “fecha de la sucesión de Estados” la fecha en la que el Estado sucesor haya sustituido al Estado predecesor en la responsabilidad de las relaciones internacionales del territorio al que se refiera la sucesión de Estados;

[...]

### Comentario

1) Las definiciones de los apartados a), b), c) y d) son idénticas a las que figuran en el artículo 2 de las Convenciones de Viena de 1978 y 1983. La Comisión decidió no modificarlas para asegurar un uso coherente de la terminología en toda su labor sobre cuestiones relativas a la sucesión de Estados.

2) El término “sucesión de Estados” se utiliza para referirse “*exclusivamente al hecho de la sustitución* de un Estado por otro en la responsabilidad de las relaciones internacionales en un territorio, prescindiendo de toda connotación de sucesión en los derechos u obligaciones al ocurrir tal acontecimiento”<sup>1457</sup>. A diferencia de la labor anterior de la Comisión en relación con la sucesión de Estados, el presente proyecto de artículos se ocupa de los efectos de esa sucesión en las normas sobre la responsabilidad del Estado. Así pues, el término no implica una transferencia automática de derechos u obligaciones. Esa transferencia solo es posible en determinadas circunstancias y con arreglo a las normas enunciadas en el proyecto de artículos.

3) El sentido de los términos “Estado predecesor”, “Estado sucesor” y “fecha de la sucesión” se desprende simplemente del sentido atribuido a “sucesión de Estados”. Cabe señalar que, en algunos casos de sucesión en una parte del territorio, el Estado predecesor no es sustituido en su totalidad por el Estado sucesor, sino únicamente en lo que respecta al territorio afectado por la sucesión.

### Artículo 5

#### Casos de sucesión de Estados comprendidos en el presente proyecto de artículos

El presente proyecto de artículos se aplicará únicamente a los efectos de una sucesión de Estados que se produzca de conformidad con el derecho internacional y, en particular, con los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas.

### Comentario

1) La inclusión del artículo 5 en el presente proyecto de artículos corresponde a una práctica de larga data de la Comisión en cuestiones relacionadas con la sucesión de Estados. De hecho, esta disposición reproduce, *mutatis mutandis*, el texto del artículo 6 de la Convención de Viena de 1978, el artículo 3 de la Convención de Viena de 1983 y el artículo 3 de los Artículos sobre la Nacionalidad de las Personas Naturales en Relación con la Sucesión de Estados<sup>1458</sup>.

2) La disposición del proyecto de artículo 5 se ajusta al principio fundamental de *ex iniuria ius non oritur* y a la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas<sup>1459</sup>. El proyecto de artículo 5 también está en

<sup>1457</sup> Párr. 3) del comentario al proyecto de artículo 2 del proyecto de artículos sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, *Anuario...*, 1974, vol. II (primera parte), documento [A/9610/Rev.1](#), en especial pág. 175.

<sup>1458</sup> Resolución [55/153](#) de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2000, anexo. Los proyectos de artículo y sus comentarios se reproducen en el *Anuario...*, 1999, vol. II (segunda parte), párrs. 47 y 48. Véase también Instituto de Derecho Internacional, *Yearbook*, vol. 76, período de sesiones de Tallin (2015), “State succession in matters of international responsibility”, 14<sup>a</sup> Comisión, Relator: Marcelo Kohen, pág. 509, resolución, pág. 711.

<sup>1459</sup> Resolución [2625 \(XXV\)](#) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, anexo.

consonancia con abundante práctica de órganos de las Naciones Unidas<sup>1460</sup>. Las situaciones territoriales ilícitas no son ejemplos de sucesión de Estados debido, precisamente, a su ilegalidad subyacente<sup>1461</sup>.

3) El proyecto de artículo 5 no da ninguna ventaja a un Estado que contravenga el derecho internacional. Al contrario, no reconoce efecto jurídico alguno a las situaciones territoriales ilícitas. A tales situaciones seguirán siendo de aplicación las normas generales de derecho internacional sobre la responsabilidad del Estado, incluida la obligación de no reconocimiento.

---

<sup>1460</sup> Véanse, por ejemplo, la resolución 662 (1990) del Consejo de Seguridad, de 9 de agosto de 1990, relativa a la anexión de Kuwait por el Iraq; las resoluciones del Consejo de Seguridad 216 (1965), de 12 de noviembre de 1965, y 217 (1965), de 20 de noviembre de 1965, relativas a Rhodesia del Sur, y las resoluciones del Consejo de Seguridad 541 (1983), de 18 de noviembre de 1983, y 550 (1984), de 11 de mayo de 1984, relativas a Chipre.

<sup>1461</sup> Instituto de Derecho Internacional, *Yearbook*, vol. 76 (véase la nota 1458 *supra*), informe final, párr. 24 (se omite la nota).

## Capítulo VIII

### Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado

#### A. Introducción

119. La Comisión, en su 59º período de sesiones (2007), decidió incluir en su programa de trabajo el tema “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado” y nombró Relator Especial al Sr. Roman A. Kolodkin<sup>1462</sup>. En el mismo período de sesiones, la Comisión pidió a la Secretaría que preparase un estudio básico sobre el tema, que se puso a disposición de la Comisión en su 60º período de sesiones (2008)<sup>1463</sup>.

120. El Relator Especial presentó tres informes. La Comisión recibió y examinó el informe preliminar en su 60º período de sesiones (2008) y los informes segundo y tercero en su 63º período de sesiones (2011)<sup>1464</sup>. La Comisión no pudo examinar el tema en sus períodos de sesiones 61º (2009) y 62º (2010)<sup>1465</sup>.

121. En su 64º período de sesiones (2012), la Comisión nombró Relatora Especial a la Sra. Concepción Escobar Hernández en sustitución del Sr. Kolodkin, que ya no era miembro de la Comisión<sup>1466</sup>. Esta recibió y examinó el informe preliminar de la Relatora Especial en ese mismo período de sesiones (2012), el segundo informe en el 65º período de sesiones (2013), el tercer informe en el 66º período de sesiones (2014) y el cuarto informe en el 67º período de sesiones (2015). El quinto informe fue examinado por la Comisión en los períodos de sesiones 68º (2016) y 69º (2017), y el sexto informe en los períodos de sesiones 70º (2018) y 71º (2019)<sup>1467</sup>. Sobre la base de los proyectos de artículo propuestos por la Relatora Especial en sus informes segundo, tercero, cuarto y quinto, la Comisión ha aprobado provisionalmente, hasta el momento, siete proyectos de artículo (véase la sección C, *infra*) con sus comentarios. El proyecto de artículo 2, relativo a las definiciones, sigue en proceso de redacción<sup>1468</sup>.

<sup>1462</sup> En su 2940ª sesión, celebrada el 20 de julio de 2007 (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/62/10)*, párr. 376). La Asamblea General, en el párrafo 7 de su resolución 62/66, de 6 de diciembre de 2007, tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo. El tema había sido incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión en su 58º período de sesiones (2006), de acuerdo con la propuesta que figuraba en el anexo A del informe de la Comisión (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/61/10)*, párr. 257).

<sup>1463</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/62/10)*, párr. 386. El memorando de la Secretaría figura en el documento [A/CN.4/596](#) y [Corr.1](#).

<sup>1464</sup> [A/CN.4/601](#), [A/CN.4/631](#) y [A/CN.4/646](#), respectivamente.

<sup>1465</sup> Véanse *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/64/10)*, párr. 207; e *ibid.*, *sexagésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/65/10)*, párr. 343.

<sup>1466</sup> *Ibid.*, *sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/67/10)*, párr. 266.

<sup>1467</sup> [A/CN.4/654](#), [A/CN.4/661](#), [A/CN.4/673](#), [A/CN.4/686](#), [A/CN.4/701](#) y [A/CN.4/722](#), respectivamente.

<sup>1468</sup> Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10)*, párrs. 48 y 49.

En su 3174ª sesión, celebrada el 7 de junio de 2013, la Comisión recibió el informe del Comité de Redacción y aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 1, 3 y 4, y en sus sesiones 3193ª a 3196ª, que tuvieron lugar los días 6 y 7 de agosto de 2013, aprobó sus comentarios (*ibid.*, *sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10)*, párrs. 48 y 49).

En su 3231ª sesión, celebrada el 25 de julio de 2014, la Comisión recibió el informe del Comité de Redacción y aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 2, apartado e) y 5, y en sus sesiones 3240ª a 3242ª, que tuvieron lugar los días 6 y 7 de agosto de 2014, aprobó sus comentarios.

En su 3329ª sesión, celebrada el 27 de julio de 2016, la Comisión aprobó de manera provisional los proyectos de artículo 2, apartado f), y 6, que habían sido aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción y de los que la Comisión había tomado nota en su 67º período de sesiones, y en sus

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

122. La Comisión tuvo ante sí los informes de la Relatora Especial sexto (A/CN.4/722), cuyo debate no se había concluido en el 70º período de sesiones, y séptimo (A/CN.4/729). En el sexto informe se habían resumido los debates celebrados en el seno de la Comisión de Derecho Internacional y de la Sexta Comisión sobre el proyecto de artículo 7, relativo a los crímenes de derecho internacional respecto de los que no es de aplicación la inmunidad *ratione materiae*. A continuación, se abordaban los aspectos procesales de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera, centrándose en particular en: a) el elemento temporal; b) los tipos de actos afectados; y c) la determinación de la inmunidad. El informe no incluía ninguna propuesta de nuevos proyectos de artículo. En el séptimo informe se resumían los debates celebrados en la Comisión de Derecho Internacional, en su 70º período de sesiones, y en la Sexta Comisión, en el septuagésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General, y se concluía el examen de los aspectos procesales de la inmunidad relativos a la relación entre la jurisdicción y los aspectos procesales de la inmunidad. Con ese fin, se proponían dos proyectos de artículo sobre la consideración de la inmunidad por el Estado del foro y la determinación de la inmunidad (proyectos de artículo 8 y 9). Además, en el séptimo informe se abordaban los demás aspectos procesales identificados en el sexto informe, incluidas cuestiones relativas a la invocación de la inmunidad y la renuncia a esta, y se proponían dos proyectos de artículo (proyectos de artículo 10 y 11). También se examinaban aspectos de las garantías procesales en relación con el Estado del foro y el Estado del funcionario, la comunicación entre el Estado del foro y el Estado del funcionario, incluida la obligación de notificar al Estado del funcionario la pretensión de ejercer la jurisdicción por el Estado del foro; el intercambio de información entre el Estado del funcionario y el Estado del foro; y la cooperación y la asistencia jurídica internacional entre el Estado del funcionario y el Estado del foro, en particular el traslado de las actuaciones penales del Estado del foro al Estado del funcionario. A este respecto, se proponían cuatro proyectos de artículo (proyectos de artículo 12, 13, 14 y 15). Además, en el informe se examinaban los derechos procesales del funcionario, centrándose en el trato justo, y se proponía un proyecto de artículo (proyecto de artículo 16). En el informe también se abordaba el plan de trabajo futuro, en el que se preveía que la labor en primera lectura estuviera concluida en 2020, año en el que también se presentaría un octavo informe. En él se examinarían otras cuestiones de carácter general, entre ellas: la posible repercusión en las normas procesales de la relación entre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y la jurisdicción penal internacional; la posibilidad de establecer algún mecanismo de arreglo de controversias; y la posible inclusión de alguna recomendación de buenas prácticas.

123. La Comisión examinó los informe sexto y séptimo en sus sesiones 3481<sup>a</sup> a 3488<sup>a</sup>, los días 15 a 19, 22 y 23 de julio de 2019.

124. Tras el debate de los informes, la Comisión, en su 3488<sup>a</sup> sesión, celebrada el 23 de julio de 2019, decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de artículo 8 a 16 que figuraban en el séptimo informe de la Relatora Especial, teniendo en cuenta el debate mantenido y las propuestas formuladas en el seno de la Comisión.

125. En su 3501<sup>a</sup> sesión, celebrada el 6 de agosto de 2019, el Presidente del Comité de Redacción presentó el informe provisional del Comité de Redacción sobre la “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”, con el proyecto de artículo 8 *ante* aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción en el 71<sup>er</sup> período de sesiones (A/CN.4/L.940), que puede consultarse en el sitio web de la Comisión<sup>1469</sup>. La

---

sesiones 3345<sup>a</sup> y 3346<sup>a</sup>, que tuvieron lugar el 11 de agosto de 2016, la Comisión aprobó sus comentarios (*ibid.*, *septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/71/10)*, párrs. 194, 195 y 250.

En su 3378<sup>a</sup> sesión, celebrada el 20 de julio de 2017, la Comisión aprobó provisionalmente el proyecto de artículo 7 en votación registrada, y en sus sesiones 3387<sup>a</sup> a 3389<sup>a</sup>, que tuvieron lugar los días 3 y 4 de agosto de 2017, aprobó sus comentarios (*ibid.*, *septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/72/10)*, párrs. 74, 76, 140 y 141).

<sup>1469</sup> El informe y la declaración correspondiente del Presidente del Comité de Redacción pueden consultarse en la Analytical Guide to the Work of the International Law Commission:

Comisión tomó nota del informe provisional del Comité de Redacción sobre el artículo 8 *ante*, que fue presentado a la Comisión a título informativo únicamente.

## 1. Presentación de los informes sexto y séptimo por la Relatora Especial

126. La Relatora Especial recordó que la Comisión no había concluido el debate de su sexto informe en el 70º período de sesiones, el año anterior, y que seguía abierta la posibilidad de formular observaciones en el período de sesiones en curso. Esas observaciones podían formularse junto con las relativas al séptimo informe, ya que ambos informes formaban parte de un tratamiento integral de los aspectos procesales de la inmunidad. Además, la Relatora Especial recordó que las definiciones relativas a los conceptos de “jurisdicción penal” e “inmunidad” seguían pendientes de examen en el Comité de Redacción<sup>1470</sup>.

127. La Relatora Especial recordó además que en el sexto informe<sup>1471</sup> se habían identificado varias cuestiones de las que había que ocuparse en relación con los aspectos procesales, de las cuales solo se abordaban en él las implicaciones procesales que para la inmunidad se derivaban del concepto de jurisdicción, en particular el “cuándo”, el “qué” y el “quién”, al examinar: a) el momento en que se debía considerar la inmunidad; b) los actos de las autoridades del Estado del foro que podían verse afectados por la inmunidad; y c) la determinación del órgano competente para decidir si la inmunidad era de aplicación,

<http://legal.un.org/ilc/guide/gfra/shtml>. El proyecto de artículo 8 *ante* aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción dice lo siguiente:

### “Proyecto de artículo 8 *ante* Aplicación de la cuarta parte

Las disposiciones y garantías procesales de esta parte se aplicarán en relación con todo procedimiento penal contra un funcionario de un Estado extranjero, antiguo o en ejercicio, que afecte a cualquier proyecto de artículo contenido en la segunda parte y en la tercera parte del presente proyecto de artículos, incluida la determinación de si la inmunidad se aplica o no se aplica en virtud de cualquiera de los proyectos de artículo.”

<sup>1470</sup> Las propuestas de la Relatora Especial que se encuentran actualmente en el Comité de Redacción son las siguientes:

### “Proyecto de artículo 3 Definiciones

A los efectos del presente proyecto de artículos:

a) se entiende por ‘jurisdicción penal’ el conjunto de competencias, procesos, procedimientos y actos que, conforme al derecho del Estado que pretende ejercer su jurisdicción, son necesarios para que un tribunal pueda determinar y hacer efectiva la responsabilidad penal individual derivada de la comisión de actos tipificados como crímenes o delitos conforme al derecho aplicable en dicho Estado. A los efectos de la definición del concepto de ‘jurisdicción penal’ es irrelevante el título competencial que habilite al Estado para el ejercicio de la jurisdicción;”

(A/CN.4/661, párr. 42). En el proyecto de artículos aprobado provisionalmente por la Comisión, el artículo sobre las definiciones es el proyecto de artículo 2.

“b) Se entiende por ‘inmunidad de jurisdicción penal extranjera’ la protección de que gozan ciertos funcionarios del Estado frente al ejercicio de la jurisdicción penal por parte de los jueces y tribunales de un tercer Estado;”

(A/CN.4/661, párr. 46).

“c) Se entiende por ‘inmunidad *ratione personae*’ la inmunidad de jurisdicción penal extranjera que se predica de ciertos funcionarios del Estado, en virtud del relevante estatus que los mismos detentan en el Estado del que son nacionales y que les otorga de modo directo y automático una función de representación del Estado en el ámbito de las relaciones internacionales;”

“d) Se entiende por ‘inmunidad *ratione materiae*’ la inmunidad de jurisdicción penal extranjera que se predica de un funcionario del Estado en relación con los actos que el mismo realiza en cumplimiento de su mandato y que pueden ser calificados como ‘actos oficiales’.”

(A/CN.4/661, párr. 53).

<sup>1471</sup> Véase A/CN.4/722.



sin que se propusiera ningún proyecto de artículo. En consecuencia, en el séptimo informe se completó el examen de esos aspectos.

128. La Relatora Especial explicó que el séptimo informe estaba dividido en una introducción y cinco capítulos. El propósito de la introducción era describir la situación actual del tema y, sobre todo, ofrecer un resumen de los debates sobre el sexto informe que tuvieron lugar en 2018 (tanto en la Comisión de Derecho Internacional como en la Sexta Comisión de la Asamblea General). En el capítulo I se volvía a examinar la cuestión del concepto de jurisdicción y su repercusión en los aspectos procesales de la inmunidad, que se había estudiado en el sexto informe. Se incluían en él dos proyectos de artículo (8 y 9) que se basaban en el análisis realizado en dicho informe. El capítulo II estaba dedicado íntegramente al examen de la invocación de la inmunidad y la renuncia a ella y también incluía dos proyectos de artículo dedicados a tales figuras jurídicas (10 y 11). El capítulo III abordaba una serie de cuestiones que, en esencia, eran garantías procesales que operaban entre el Estado del foro y el Estado del funcionario, a saber: la notificación al Estado del funcionario de la pretensión del Estado del foro de ejercer la jurisdicción respecto de un funcionario extranjero; el intercambio de información entre ambos Estados; la posibilidad de que el Estado del foro remitiera el procedimiento penal al Estado del funcionario; y, por último, la celebración de consultas entre ambos Estados. El análisis de estas cuestiones constituía la base de los proyectos de artículo 12, 13, 14 y 15. El capítulo IV estaba dedicado al análisis de los derechos y garantías procesales del funcionario y constituía la base del proyecto de artículo 16.

129. La Relatora Especial subrayó que estaba justificado el examen de los aspectos procesales, considerando en particular que la corte o tribunal penal extranjero en que se invocara la inmunidad aplicaría normas, principios y procedimientos procesales que no se podían ignorar. En esos procedimientos se trataba necesariamente de un extranjero, respecto del que habría que determinar, a efectos de la inmunidad *ratione materiae*, su condición de funcionario del Estado, así como si sus actos habían sido realizados a título oficial. Además, esa consideración tenía repercusiones en el principio de igualdad soberana en las relaciones entre el Estado del foro y el Estado del funcionario, lo que implicaba la necesidad de lograr un equilibrio adecuado entre el derecho del Estado del foro a ejercer su jurisdicción y el derecho del Estado del funcionario a que fuera respetada la inmunidad de sus funcionarios. También había que mantener un equilibrio entre el respeto de la inmunidad de los funcionarios del Estado y la necesidad de asegurar la rendición de cuentas por la comisión de crímenes graves de derecho internacional. Además, era importante velar por que, en toda circunstancia, los funcionarios del Estado que pudieran verse afectados por la actuación de una jurisdicción extranjera tuvieran garantizados los derechos procesales reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos.

130. En última instancia, el examen de los aspectos procesales no solo proporcionaría certidumbre tanto al Estado del foro como al Estado del funcionario y ayudaría a reducir las consideraciones políticas y las posibles transgresiones de las garantías procesales con fines políticos o por motivos de esta índole, sino que también promovería la neutralidad, reforzando así la confianza entre el Estado del foro y el Estado del funcionario. Ello mitigaría cualquier posible inestabilidad en las relaciones internacionales entre los Estados. Así pues, el examen de los aspectos procesales serviría para que hubiera un equilibrio adecuado a la hora de salvaguardar los principios jurídicos y los valores de la comunidad internacional.

131. Al presentar los diversos proyectos de artículo, la Relatora Especial subrayó que los que figuraban en su séptimo informe estaban concebidos para ser de aplicación al proyecto de artículos en su conjunto, incluido el proyecto de artículo 7, respondiendo así a la preocupación de algunos miembros de la Comisión de que es preciso asegurar un tratamiento simultáneo de las excepciones a la inmunidad y la formulación de las garantías procesales.

132. La Relatora Especial señaló que los proyectos de artículo 8 y 9 abordaban los aspectos procesales de la inmunidad asociados con el concepto de jurisdicción penal. El

proyecto de artículo 8<sup>1472</sup> se refería a la consideración de la inmunidad por el Estado del foro, en particular al momento en que debía ser tenida en cuenta por las autoridades de ese Estado. Esto significaba que la inmunidad se consideraría lo antes posible, tan pronto como las autoridades del Estado tuvieran conocimiento de que un funcionario extranjero podía verse afectado por el ejercicio de la jurisdicción por el Estado del foro. En cualquier caso, esa consideración tenía que producirse antes del procesamiento del funcionario y del inicio de la fase de enjuiciamiento. El proyecto de artículo partía del supuesto de que la inmunidad también podía sopesarse en fases anteriores en caso de que fuesen a adoptarse medidas coercitivas u otras medidas restrictivas que afectasen directamente al funcionario o repercutiesen en el desempeño de sus funciones.

133. El proyecto de artículo 9<sup>1473</sup> se basaba en el reconocimiento de que la determinación de la inmunidad correspondía a los tribunales del Estado del foro. Ello sin perjuicio de la posible participación de otras instituciones o autoridades del Estado del foro, según determinase su ordenamiento jurídico. El derecho interno seguía siendo particularmente pertinente para definir el procedimiento de determinación de la inmunidad, lo que debía hacerse a la luz de las normas establecidas en el proyecto de artículos, teniendo en cuenta también si el Estado del funcionario había invocado la inmunidad o había renunciado a ella, así como cualquier información que las autoridades del Estado del foro y del Estado del funcionario pudieran haber facilitado a los tribunales competentes para que se pronunciasen sobre la inmunidad.

134. Los proyectos de artículo 10 y 11 se ocupaban de las cuestiones de la invocación de la inmunidad y la renuncia a ella. La Relatora Especial subrayó que la invocación de la inmunidad y la renuncia a ella no debían confundirse con las excepciones o las limitaciones a la inmunidad. La invocación implicaba la afirmación del derecho a la inmunidad, mientras que la renuncia denotaba un desistimiento. Según la Relatora Especial, el proyecto de artículo 10<sup>1474</sup> reconocía el derecho de todo Estado a invocar la inmunidad de sus

<sup>1472</sup> El texto del proyecto de artículo propuesto por la Relatora Especial dice lo siguiente:

**“Proyecto de artículo 8**

**Consideración de la inmunidad por el Estado del foro**

1. Las autoridades competentes del Estado del foro deberán considerar la inmunidad tan pronto como tengan conocimiento de que un funcionario extranjero puede verse afectado por un procedimiento penal.
2. La consideración de la inmunidad se deberá producir en un momento temprano del procedimiento, antes del procesamiento del funcionario y del inicio de la fase de enjuiciamiento.
3. La consideración de la inmunidad deberá producirse en todo caso si las autoridades competentes del Estado pretenden adoptar respecto del funcionario extranjero una medida coercitiva que pueda afectar al desempeño de sus funciones.”

<sup>1473</sup> El texto del proyecto de artículo propuesto por la Relatora Especial dice lo siguiente:

**“Proyecto de artículo 9**

**Determinación de la inmunidad**

1. La determinación de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado corresponderá a los tribunales del Estado del foro competentes para ejercer la jurisdicción, sin perjuicio de la participación de otros órganos del Estado que, de acuerdo con la legislación nacional, puedan cooperar con aquellos.
2. La determinación de la inmunidad del Estado extranjero se realizará de conformidad con lo previsto en el presente proyecto de artículos y a través de los procedimientos establecidos por el derecho nacional.
3. El tribunal competente deberá tener en cuenta si el Estado del funcionario ha invocado la inmunidad o ha renunciado a la misma, así como la información que le sea proporcionada por otras autoridades del Estado del foro y por las autoridades del Estado del funcionario cuando ello sea posible.”

<sup>1474</sup> El texto del proyecto de artículo propuesto por la Relatora Especial dice lo siguiente:

**“Proyecto de artículo 10**

**Invocación de la inmunidad**

1. El Estado podrá invocar la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de cualquiera de sus funcionarios ante el Estado que pretende ejercer la jurisdicción.

funcionarios contra un Estado que tratase de ejercer su jurisdicción. Se observó que la invocación de la inmunidad debía realizarse tan pronto como el Estado del funcionario tuviera conocimiento de que el Estado del foro pretendía ejercer su jurisdicción. Así pues, el proyecto de artículo contenía un conjunto de normas procesales para invocar la inmunidad a fin de garantizar la seguridad jurídica.

135. En cuanto a la forma y el procedimiento, la Relatora Especial dijo que la invocación debía hacerse por escrito, e indicar la identidad del funcionario respecto del que se invocaba la inmunidad, así como especificar el tipo de inmunidad (*ratione personae* o *ratione materiae*). También se insistió en que, teniendo en cuenta la diversidad de los ordenamientos jurídicos, en el proyecto de artículo no se determinaba que la invocación de la inmunidad tuviera que ser un acto exclusivamente judicial. Se ofrecía suficiente flexibilidad para facilitar la invocación de la inmunidad a través de las autoridades judiciales o por la vía diplomática. Además, se observó que el proyecto de artículo 10 se basaba en la distinción entre la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*. Si bien la invocación era innecesaria para la primera, ya que había de considerarse de oficio, era un requisito procesal para la segunda.

136. El proyecto de artículo 11<sup>1475</sup> consideraba la renuncia a la inmunidad como un derecho del Estado del funcionario. Debía ser expresa, clara e inequívoca, con mención del

2. La invocación de la inmunidad deberá realizarse tan pronto como el Estado del funcionario tenga conocimiento de que el Estado del foro pretende ejercer su jurisdicción penal sobre aquel.

3. La invocación de la inmunidad se realizará por escrito y de forma clara, indicando la identidad del funcionario respecto del que se invoca la inmunidad y el tipo de inmunidad que se invoca.

4. La invocación de la inmunidad se realizará preferentemente a través de los procedimientos establecidos en acuerdos de cooperación y asistencia judicial mutua en que ambos Estados sean partes, o mediante otros procedimientos comúnmente aceptados por dichos Estados. La inmunidad podrá ser invocada también por vía diplomática.

5. En caso de que la invocación de la inmunidad no se realice directamente ante los tribunales del Estado del foro, las autoridades que hayan recibido la comunicación relativa a la invocación de la inmunidad usarán todos los medios a su disposición para dar traslado de la misma a los órganos competentes para determinar la aplicación de la inmunidad, que deberán pronunciarse sobre la misma tan pronto como tengan conocimiento de la invocación de la inmunidad.

6. En todo caso, los órganos competentes para determinar la inmunidad deberán pronunciarse de oficio sobre su aplicación respecto de los funcionarios del Estado que gocen de inmunidad *ratione personae*, con independencia de que el Estado del funcionario invoque o no la inmunidad.”

<sup>1475</sup> El texto del proyecto de artículo propuesto por la Relatora Especial dice lo siguiente:

**“Proyecto de artículo 11  
Renuncia a la inmunidad**

1. El Estado podrá renunciar a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de sus funcionarios.

2. La renuncia deberá ser expresa y clara, con mención del funcionario a cuya inmunidad se renuncia y, en su caso, los actos a que dicha renuncia se refiere.

3. La renuncia se realizará preferentemente a través de los procedimientos establecidos en acuerdos de cooperación y asistencia judicial mutua en que ambos Estados sean partes, o mediante otros procedimientos comúnmente aceptados por dichos Estados. La renuncia a la inmunidad se podrá comunicar por vía diplomática.

4. Se entenderá como renuncia expresa la que se pueda deducir de forma clara e inequívoca de un tratado internacional en el que el Estado del foro y el Estado del funcionario sean partes.

5. En caso de que la renuncia a la inmunidad no se realice directamente ante los tribunales del Estado del foro, las autoridades que hayan recibido la comunicación relativa a la renuncia usarán todos los medios a su disposición para dar traslado de la misma a los órganos competentes para determinar la aplicación de la inmunidad.

6. La renuncia a la inmunidad es irrevocable.”

funcionario de que se tratase y, en su caso, de los actos a los que se refiriese la renuncia. El proyecto de artículo no preveía una renuncia implícita. Incluso en el caso de una renuncia que se desprendera de un tratado, se trataba de una renuncia expresa si podía desprenderse de forma clara e inequívoca de los términos del tratado en el que fueran parte tanto el Estado del foro como el Estado del funcionario.

137. En lo referente a la forma y el procedimiento de la renuncia, la Relatora Especial observó que eran los mismos que los establecidos en el proyecto de artículo 10.

138. Con respecto a los efectos de la renuncia, señaló que, para garantizar la seguridad jurídica, la renuncia a la inmunidad era irrevocable. Con este fin: a) una vez que se había renunciado a la inmunidad, la renuncia era de aplicación a cualquier acto y en cualquier etapa del procedimiento (con inclusión de apelaciones y otros recursos legales, así como de órdenes de detención o prisión) que pudiera producirse como resultado del ejercicio de la jurisdicción penal por el Estado del foro; y b) la renuncia se refería única y exclusivamente al funcionario y a los actos con los que estaba relacionada.

139. Los proyectos de artículo 12, 13, 14 y 15 se ocupaban de las garantías procesales aplicables entre el Estado del foro y el Estado del funcionario, y eran propuestas de *lege ferenda* que constituían desarrollo progresivo del derecho internacional. La Relatora Especial recordó que la necesidad de garantías procesales estaba justificada para impedir el ejercicio políticamente motivado o espurio de la jurisdicción penal contra un funcionario extranjero, cuestión en la que se insistió, tanto en la Comisión como en los debates en la Sexta Comisión. Esas garantías tenían por objeto proteger los intereses del Estado del foro y del Estado del funcionario. Además, debían entenderse en un sentido amplio, con objeto, entre otras cosas, de: a) permitir que el Estado del funcionario invocase la inmunidad y renunciase a ella, lo que requería que el Estado del foro tuviese conocimiento de la intención de ejercer la jurisdicción; b) permitir el intercambio de información entre el Estado del foro y el Estado del funcionario; c) facilitar el ejercicio de la jurisdicción penal del funcionario por su propio Estado; y d) permitir la celebración de consultas entre el Estado del foro y el Estado del funcionario. La Relatora Especial subrayó que era sumamente difícil encontrar uniformidad en la práctica de los Estados y que la práctica de los tratados era diversa y tenía sus propias peculiaridades.

140. La Relatora Especial destacó que el proyecto de artículos tenía por objeto: ayudar a fomentar la confianza mutua entre el Estado del foro y el Estado del funcionario; ofrecer seguridad jurídica a ambos; y contribuir a eliminar el riesgo de politización del procesamiento penal y de creación de inestabilidad en las relaciones interestatales.

141. En cuanto al proyecto de artículo 12<sup>1476</sup>, la Relatora Especial hizo hincapié en que constituía una garantía esencial para el respeto de la inmunidad de los funcionarios extranjeros, al establecer la obligación de notificar al Estado de los funcionarios toda pretensión de ejercer la jurisdicción respecto de ellos. La obligación de notificar se consideraba la primera garantía para que un Estado salvaguardara sus intereses invocando la inmunidad o renunciando a ella. Se señaló que la notificación debía efectuarse tan pronto

<sup>1476</sup> El texto del proyecto de artículo propuesto por la Relatora Especial dice lo siguiente:

**“Proyecto de artículo 12  
Notificación al Estado del funcionario**

1. Cuando las autoridades competentes del Estado del foro tengan elementos suficientes para concluir que un funcionario extranjero podría ser sometido a su jurisdicción penal, el Estado del foro notificará dicha circunstancia al Estado del funcionario. A tal fin, los Estados considerarán el establecimiento en su derecho interno de los procedimientos adecuados para facilitar dicha notificación.

2. La notificación incluirá la identidad del funcionario, los actos del funcionario que podrían ser sometidos al ejercicio de la jurisdicción penal y la autoridad que, de acuerdo con el derecho del Estado del foro, es competente para el ejercicio de dicha jurisdicción.

3. La notificación se realizará por cualquiera de las vías de comunicación aceptadas por ambos Estados o por las previstas en los tratados de cooperación internacional y asistencia jurídica mutua en que ambos sean partes. En caso de que no existan o no sean aceptadas dichas fórmulas, la notificación se realizará por vía diplomática.”

como las autoridades competentes del Estado del foro dispusieran de información suficiente para determinar la presencia de un funcionario extranjero que pudiera estar sujeto a su jurisdicción penal y que dicha notificación debía contener todos los elementos que permitieran al Estado del funcionario sopesar sus intereses.

142. Respecto de la forma y el procedimiento de notificación, la Relatora Especial observó que se había utilizado un modelo similar al de la invocación de la inmunidad y la renuncia a ella. El recurso al canal diplomático era subsidiario.

143. La Relatora Especial observó que el proyecto de artículo 13<sup>1477</sup> se basaba en el reconocimiento de que el Estado del foro necesitaría información del Estado del funcionario para decidir sobre la inmunidad, en particular con respecto a la inmunidad *ratione materiae*. No obstante, subrayó que el mecanismo previsto en el proyecto de artículo ofrecía una garantía procesal que favorecía tanto al Estado del foro como al Estado del funcionario. Los párrafos 4 y 6 contenían disposiciones relativas a la negativa del Estado del funcionario. La forma y el procedimiento para la solicitud de información estaban inspirados en las disposiciones sobre invocación, renuncia y notificación.

144. El proyecto de artículo 14<sup>1478</sup> se refería a la remisión del procedimiento penal del Estado del foro al Estado del funcionario. Este mecanismo estaba concebido en el proyecto

<sup>1477</sup> El texto del proyecto de artículo propuesto por la Relatora Especial dice lo siguiente:

**“Proyecto de artículo 13  
Intercambio de información**

1. El Estado del foro podrá solicitar del Estado del funcionario la información que considere relevante a los efectos de pronunciarse sobre la aplicación de la inmunidad.
2. Dicha información podrá solicitarse por los procedimientos previstos en los tratados de cooperación internacional y asistencia jurídica mutua en que ambos Estados sean partes o a través de cualquier otro procedimiento que acepten de común acuerdo. En caso de que no exista ningún procedimiento aplicable, la información se podrá solicitar por vía diplomática.
3. En caso de que la información no sea remitida directamente a los órganos judiciales competentes para decidir sobre la inmunidad, las autoridades del Estado del foro que la hayan recibido, de acuerdo con lo previsto en su derecho interno, darán traslado de la misma a los tribunales competentes. A tal fin, los Estados considerarán el establecimiento en su derecho interno de los procedimientos adecuados para facilitar dicha comunicación.
4. El Estado del funcionario podrá denegar la solicitud de información si considera que la misma afecta a su soberanía, al orden público, a la seguridad o a intereses públicos fundamentales. Antes de proceder a la denegación de la solicitud de información, el Estado del funcionario considerará la posibilidad de someter la entrega de la información a condiciones.
5. La información recibida estará sometida, en su caso, a las condiciones de confidencialidad fijadas por el Estado del funcionario, que deberán cumplirse de conformidad con lo previsto en los tratados de asistencia mutua que sirvan de base para la solicitud y entrega de la información o que, en su defecto, sean fijadas por el Estado del funcionario al realizar la entrega de la información.
6. La negativa del Estado del funcionario a entregar la información solicitada no podrá ser considerada como causa suficiente para declarar que la inmunidad de jurisdicción no se aplica.”

<sup>1478</sup> El texto del proyecto de artículo propuesto por la Relatora Especial dice lo siguiente:

**“Proyecto de artículo 14  
Remisión del procedimiento al Estado del funcionario**

1. Las autoridades del Estado del foro podrán considerar inhibirse en el ejercicio de su jurisdicción a favor del Estado del funcionario, remitiendo al mismo el procedimiento penal que se haya iniciado o se pretenda iniciar contra el funcionario.
2. A partir de la solicitud de remisión, el Estado del foro suspenderá el procedimiento penal hasta que el Estado del funcionario se pronuncie sobre aquella.
3. La remisión del procedimiento al Estado del funcionario se realizará de conformidad con lo previsto en la legislación nacional del Estado del foro y en los convenios de cooperación internacional y asistencia judicial mutua en que sean partes el Estado del foro y el Estado del funcionario.”

de artículo como un derecho del Estado del foro y no como una obligación. Por consiguiente, la remisión del procedimiento estaría sujeta a la legislación nacional del Estado del foro y, en su caso, a los convenios de asistencia judicial internacional que fueran vinculantes para ambos Estados. El efecto de la remisión se materializaba en la “suspensión” del ejercicio de la jurisdicción del Estado del foro, que ahora estaba sujeto al pronunciamiento del Estado del funcionario sobre el ejercicio de su propia jurisdicción. Cabía destacar que, a pesar de crear un derecho, y no una obligación, para el Estado del foro, era un instrumento útil en determinadas circunstancias para evitar la cuestión de la inmunidad o para resolver los problemas que pudieran surgir entre los Estados afectados en relación con la determinación de la aplicabilidad de la inmunidad. Y, en todo caso, podía funcionar como un instrumento útil para evitar el problema de la politización o el ejercicio espurio de la jurisdicción por el Estado del foro al permitir que el Estado del funcionario ejerciera su propia jurisdicción.

145. El proyecto de artículo 15<sup>1479</sup>, redactado en términos generales, regulaba un mecanismo flexible de consultas para facilitar la búsqueda de soluciones cuando surgieran problemas de cualquier tipo en el proceso de determinar la aplicabilidad de la inmunidad en un caso particular o, si ello no fuera posible, acordar alguna vía de arreglo de controversias existente en derecho internacional. Se subrayó que se trataba de un mecanismo de doble dirección (consultas) de carácter bilateral (Estado del foro – Estado del funcionario).

146. La Relatora Especial observó que el proyecto de artículo 16<sup>1480</sup> se ocupaba de los derechos y garantías procesales aplicables al funcionario extranjero. Aunque la inmunidad se concedía en beneficio del Estado del funcionario, el ejercicio de la jurisdicción por el Estado del foro tenía una relación directa con el funcionario del Estado. El proyecto de artículo reconocía el derecho del funcionario del Estado a beneficiarse de todas las garantías de un trato justo, incluidos los derechos y garantías procesales que conlleva un juicio justo e imparcial. El proyecto de artículo se inspiraba en la disposición aprobada por la Comisión en el proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad.

147. En relación con el futuro programa de trabajo sobre el tema, la Relatora Especial recordó que en su sexto informe se hacía referencia a la necesidad de abordar, en un futuro informe, la obligación de cooperar con una corte o tribunal penal internacional y sus posibles repercusiones en la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios

<sup>1479</sup> El texto del proyecto de artículo propuesto por la Relatora Especial dice lo siguiente:

**“Proyecto de artículo 15  
Consultas**

El Estado del foro y el Estado del funcionario celebrarán consultas, a petición de cualquiera de las partes, sobre las cuestiones relacionadas con la determinación de la inmunidad del funcionario extranjero de conformidad con lo previsto en el presente proyecto de artículos.”

<sup>1480</sup> El texto del proyecto de artículo propuesto por la Relatora Especial dice lo siguiente:

**“Proyecto de artículo 16  
Trato justo e imparcial del funcionario**

1. El funcionario del Estado cuya inmunidad de jurisdicción penal extranjera esté siendo examinada por las autoridades del Estado del foro gozará de todas las garantías de un trato justo, incluyendo los derechos y garantías procesales propios del juicio justo e imparcial.

2. Estas garantías deberán aplicarse tanto en el proceso de determinación de la aplicación de la inmunidad de jurisdicción, como en todo proceso judicial que se siga contra el funcionario en caso de que la inmunidad de jurisdicción no se aplique.

3. Entre las garantías del trato justo e imparcial se incluirá en todo caso la obligación de comunicar sin demora al representante más próximo del Estado del funcionario la detención o cualquier otra medida que afecte a la libertad personal del funcionario, a fin de que pueda recibir la asistencia a que tiene derecho de conformidad con el derecho internacional.

4. El trato justo e imparcial del funcionario se ejercerá de conformidad con las normas internacionales aplicables, así como de las leyes y demás normativa del Estado del foro.”

del Estado. Además, en su séptimo informe mencionaba que esta cuestión se había planteado ante la Corte Penal Internacional respecto del recurso de apelación interpuesto por Jordania en relación con la orden de detención y la entrega del entonces Presidente Al Bashir. En cuanto a la decisión de la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional, emitida el 6 de mayo de 2019<sup>1481</sup>, consideraba que no era necesario ni útil para la labor actual de la Comisión iniciar un debate sobre ese fallo. Asimismo, cabía señalar que seguía pendiente la decisión de la Asamblea General sobre la solicitud de una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia acerca de la inmunidad de los Jefes de Estado y su relación con el deber de cooperar con la Corte Penal Internacional. Por tanto, no creía necesario presentar en este momento ninguna propuesta específica a la Comisión durante el período de sesiones en curso. No obstante, mantenía abierta la opción de volver a abordar esta cuestión en el próximo período de sesiones desde una perspectiva más amplia, que no había de referirse necesariamente de manera exclusiva a las excepciones de la inmunidad o a los aspectos procesales (incluidas las garantías procesales) de este tema. Por otra parte, la Relatora Especial también solicitó la opinión de los miembros sobre: a) la posibilidad de ocuparse del arreglo de controversias; y b) la conveniencia y la utilidad de abordar las “buenas prácticas”, en relación con las cuales podrían examinarse cuestiones como la atribución de la competencia para decidir sobre la aplicación de la inmunidad a los tribunales de más alto rango, la definición de las funciones de la fiscalía, y la preparación de manuales para autoridades y órganos del Estado que se ocupasen de cuestiones de inmunidad.

## 2. Resumen del debate

148. El presente resumen se refiere al debate sobre los informes sexto y séptimo de la Relatora Especial en el actual período de sesiones. Debe leerse junto con el resumen del debate sobre el sexto informe que tuvo lugar en el 70º período de sesiones<sup>1482</sup>.

### a) Observaciones generales

149. Los miembros elogiaron a la Relatora Especial por la ingente labor realizada en el séptimo informe, que, junto con el sexto, ofrecía un examen y un análisis extensos y detallados de la práctica de los Estados, la jurisprudencia y los trabajos académicos pertinentes en relación con los aspectos procesales. Algunos miembros hicieron mención a la labor del anterior Relator Especial, así como al memorando de la Secretaría (A/CN.4/596 y Corr.1). Si bien varios miembros observaron que los proyectos de artículo propuestos en el séptimo informe deberían basarse más en la práctica, también hubo miembros que apreciaron la metodología deductiva empleada por la Relatora Especial para presentar propuestas de *lege ferenda* en el contexto del desarrollo progresivo del derecho internacional. Se agradeció que la Relatora Especial reconociera que las propuestas constituían desarrollo progresivo del derecho internacional. No obstante, algunos miembros subrayaron la importancia de tener en cuenta práctica de los Estados de regiones más diversas. A ese respecto, varios miembros ofrecieron ejemplos pertinentes, como legislación nacional, jurisprudencia y acuerdos bilaterales. También se destacó la conveniencia de mantener la coherencia con la labor de la Comisión sobre otros temas conexos, como los crímenes de lesa humanidad y las normas imperativas del derecho internacional (*ius cogens*), así como con el tema de la jurisdicción penal universal, que figura en el programa de trabajo a largo plazo.

150. En cuanto al enfoque respecto de los aspectos procesales del tema, los miembros subrayaron la importancia de mantener un equilibrio entre intereses jurídicos esenciales, como el respeto de la igualdad soberana de los Estados, la necesidad de luchar contra la impunidad por crímenes de derecho internacional, y la protección de los funcionarios del Estado contra un ejercicio políticamente motivado o espurio de la jurisdicción penal. A este respecto, se reiteraron las preocupaciones expresadas en los debates de la Comisión de

<sup>1481</sup> Situación en Darfur (Sudán). *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmed Bashir* (Decisión con arreglo al artículo 87, párrafo 7, del Estatuto de Roma sobre el incumplimiento por Jordania de la solicitud de la Corte de detención y entrega de Omar Al-Bashir).

<sup>1482</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/73/10)*, cap. VII.



Derecho Internacional y de la Sexta Comisión acerca de la politización excesiva o el ejercicio espurio de la jurisdicción penal respecto de los funcionarios del Estado. Al objeto de lograr un delicado equilibrio entre esos intereses importantes, varios miembros indicaron que deberían reforzarse las garantías procesales propuestas en el proyecto de artículos.

151. Los miembros también destacaron el vínculo crucial existente entre los aspectos procesales del tema y las excepciones a la inmunidad en relación con los delitos graves de derecho internacional enunciados en el proyecto de artículo 7, que había sido aprobado provisionalmente por la Comisión. A este respecto, varios miembros coincidieron con la Relatora Especial en que, como esta había explicado en su presentación del séptimo informe, las garantías y salvaguardias procesales propuestas en los proyectos de artículo 8 a 16 eran aplicables al proyecto de artículos en su conjunto. Otros miembros expresaron preocupación por el hecho de que los proyectos de artículo 8 a 16, en su redacción actual, no establecieran suficientemente un vínculo entre las garantías y salvaguardias procesales propuestas y la aplicación del proyecto de artículo 7 ni abordaran plenamente los procedimientos y garantías necesarios para evitar procesamientos por motivos políticos. Se reiteraron las opiniones divergentes expresadas por algunos miembros con respecto a la aprobación del proyecto de artículo 7. Si bien varios miembros destacaron la necesidad de evitar que se reabriera el debate sobre el proyecto de artículo 7, algunos recordaron que los Estados estaban divididos por igual en sus posiciones respecto de dicho proyecto de artículo, teniendo en cuenta la distinción entre *lex lata* y *lex ferenda*. Así, varios miembros insistieron en la importancia primordial de concebir garantías procesales específicas para responder a las inquietudes suscitadas en relación con la aplicación del proyecto de artículo 7. Al mismo tiempo, algunos miembros advirtieron de que no debía socavarse el contenido del proyecto de artículo 7. En cualquier caso, se señaló que un ulterior debate de calado sobre el tema llevaría necesariamente a la elaboración de un proyecto de artículo similar al proyecto de artículo 7. Otros miembros dudaron de que la utilización de garantías procesales pudiera subsanar suficientemente las deficiencias sustantivas inherentes al proyecto de artículo 7, y señalaron además que el proyecto de artículo seguía siendo un obstáculo para que la Comisión llegara a un acuerdo sobre el tema. No obstante, varios miembros reconocieron que algunas de las propuestas formuladas en debates anteriores sobre el tema merecían un examen detenido y constituían una buena base para proseguir el debate.

152. A este respecto, contó con cierto apoyo la propuesta de aclarar que las disposiciones y garantías procesales generales recogidas en los proyectos de artículo 8 a 16 eran aplicables a las situaciones abarcadas por el proyecto de artículo 7, así como la de formular garantías específicas en relación con ese proyecto de artículo. Se propusieron tres condiciones para el ejercicio de la jurisdicción por el Estado del foro respecto de un funcionario extranjero con arreglo al proyecto de artículo 7, a saber: a) la decisión de iniciar actuaciones penales debía adoptarse al más alto nivel del gobierno o del ministerio público; b) las pruebas de que el funcionario había cometido el presunto delito tenían que ser absolutamente concluyentes; y c) el Estado del foro debía haber notificado al Estado del funcionario su intención de ejercer la jurisdicción y debía haber ofrecido la posibilidad de remitir el procedimiento a las cortes o tribunales del Estado del funcionario o a una corte o tribunal penal internacional. Además, se dijo que la presencia del funcionario del Estado en cuestión en el territorio del Estado del foro también era crucial. Algunos miembros consideraron asimismo que debía haber una presunción de inmunidad hasta que se determinara la ausencia de esta. Del mismo modo, varios miembros consideraron que era imprescindible la revisión judicial de toda decisión respecto de la inmunidad. Se formularon propuestas adicionales en relación con la remisión del procedimiento al Estado del funcionario (véanse los párrafos 173 a 175 *infra*). Por otra parte, se hicieron algunas sugerencias alternativas a la noción de “plenamente concluyente” como criterio probatorio, tales como “fiable y suficiente” o “en principio”, dado que se trataba de una cuestión que debía considerarse como cuestión preliminar previa al juicio como tal.

153. Algunos miembros insistieron también en la necesidad de lograr un equilibrio entre los intereses del Estado del foro y los del Estado del funcionario, de conformidad con el principio de reciprocidad. Según varios miembros, los proyectos de artículo 8 a 16 parecían dar más peso al derecho a ejercer la jurisdicción del Estado del foro que al derecho a la inmunidad del Estado del funcionario. A este respecto, se sugirió que se concediera más

discrecionalidad al Estado del funcionario para hacer valer la inmunidad, aunque también suscitó inquietud la posibilidad de que el Estado del funcionario tuviera intereses espurios al bloquear el ejercicio de la jurisdicción por el Estado del foro. Varios miembros consideraron que los proyectos de artículo 8 a 15 reflejaban un equilibrio correcto entre las garantías ofrecidas al Estado del foro y al Estado del funcionario y que constituían una buena base para la labor de la Comisión en relación con las garantías y disposiciones procesales.

154. Otra cuestión que requería aclaración era la medida en que la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae* se reflejaba en los proyectos de artículo 8 a 16. Algunos miembros consideraron que todas las garantías procesales previstas en los proyectos de artículo 8 a 16 serían de aplicación a ambos tipos de inmunidad, mientras que otros expresaron su preferencia por que los proyectos de artículo abordaran por separado los diferentes aspectos procesales de la inmunidad y reflejaran la diferencia entre la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*.

155. En general, los miembros estuvieron de acuerdo en que los proyectos de artículo 8 a 16 podían racionalizarse y simplificarse. Se consideró también importante recoger todos los aspectos fundamentales con la claridad y el detalle suficientes para que fueran eficaces y operativos. Algunos miembros consideraron apropiado que el proyecto de artículos se ocupara únicamente de los aspectos procesales directamente relacionados con la inmunidad de los funcionarios de un Estado extranjero y que dejara de lado otras cuestiones para ser reguladas por tratados vigentes. Se dijo que en el proyecto de artículos parecía haber una dependencia excesiva del poder judicial en el procedimiento penal, característica de los ordenamientos de tradición romanista, lo que iba en detrimento de otros ordenamientos en los que el poder ejecutivo y la fiscalía tenían un papel más destacado. También se formularon varias propuestas de reordenar el proyecto de artículos a fin de que los procedimientos propuestos estuvieran mejor relacionados, siguiendo un nuevo orden que podría comenzar con los proyectos de artículo 8, 12, 10, 11 y, a continuación, el proyecto de artículo 9.

## b) Observaciones específicas

### *Proyectos de artículo 8 y 9 (Consideración y determinación de la inmunidad)*

156. Dado que los ordenamientos jurídicos nacionales eran diversos y que los Estados tenían la prerrogativa de adoptar procedimientos internos relativos a la inmunidad, algunos miembros señalaron que el proyecto de artículos debería tener por objeto proporcionar a los Estados un marco procesal común, no excesivamente prescriptivo, que pudieran incorporar en su derecho interno. A este respecto, se sugirió que bastaría con una disposición más simple basada en los párrafos 1 y 2 del artículo 32 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. Frases como “considerar la inmunidad” o “afectado por un procedimiento penal” se consideraron vagas y poco claras. Si bien se observó que la consideración de la inmunidad, propuesta en el proyecto de artículo 8, podría encuadrarse en términos generales teniendo en cuenta las circunstancias de cada Estado, se propuso que se estipulara que los Estados harían esfuerzos por aprobar legislación nacional para regular los procedimientos relativos a la determinación de la inmunidad a la que se hacía referencia en el proyecto de artículo 9, o por modificar en ese sentido la existente. También se planteó la cuestión de la pertinencia de las normas de derecho internacional aplicables para la determinación de la inmunidad en relación con el proyecto de artículo 9. Según otra opinión, la referencia al derecho nacional y al derecho internacional podía dar lugar a confusión.

157. Varios miembros señalaron que los proyectos de artículo 8 y 9 deberían recoger un enfoque más flexible en relación con los órganos pertinentes del Estado del foro para considerar y determinar la inmunidad. Algunos miembros consideraron que bastaba con hacer referencia a las autoridades competentes del Estado del foro, mientras que otros expresaron su preferencia por que se hiciera referencia simplemente al Estado del foro. Por otra parte, algunos miembros celebraron que se reconociera que los tribunales del Estado del foro solían ser la máxima autoridad a la hora de determinar la inmunidad, como se reflejaba en el proyecto de artículo 9. Se dijo que los tribunales del Estado del foro debían

ser independientes del poder ejecutivo, no estar subordinados a él. A este respecto, se pidió que se aclarara la obligación de los tribunales del Estado del foro de considerar la información proporcionada por otras autoridades.

158. Además, se subrayó la necesidad de abordar el papel de la fiscalía en el proceso de consideración y determinación de la inmunidad, así como la cuestión del control de la discrecionalidad de la fiscalía. Se sugirió que se reformulara el proyecto de artículo 8 (consideración de la inmunidad) para que incluyera la consideración de la inmunidad en las diferentes etapas de la investigación, en particular con respecto a las diferentes formas de detención en relación con la inmunidad *ratione materiae*, y el juicio. Algunos miembros dijeron que deberían aplicarse algunas limitaciones al proyecto de artículo 8 a fin de evitar un efecto negativo en la investigación.

159. Se propuso que en el proyecto de artículo 9 se especificara que, fuera cual fuere el órgano en cuestión del Estado, la determinación de la inmunidad debería hacerse a un nivel relativamente alto. Dada la importancia de determinar si era aplicable alguna excepción a la inmunidad con arreglo al proyecto de artículo 7, se sugirió que esa determinación la hicieran las cortes o tribunales del Estado del foro, incluida la posibilidad de recurrir a las cortes o tribunales de más alto rango. También se señaló que la determinación de la inmunidad por el Estado del foro podría estar sujeta a una decisión de una corte o un tribunal penal internacional o a un tratado vinculante para el Estado del foro.

160. Varios miembros apoyaron el requisito del proyecto de artículo 8 de que se considerase la inmunidad en una etapa temprana del procedimiento, aunque era necesario precisar el momento en que había de hacerse esa determinación; por ejemplo: “sin demora”. Del mismo modo, sería útil que el proyecto de artículo 9 (Determinación de la inmunidad) indicara en qué etapa del procedimiento debía tener lugar la determinación de la inmunidad. No obstante, varios miembros estuvieron de acuerdo con el principio de que las cuestiones de inmunidad eran de carácter preliminar y debían ser resueltas cuanto antes *in limine litis*. También se mencionó que las consecuencias de la consideración de la inmunidad por el Estado del foro podrían incluir los requisitos inmediatos de determinación de la inmunidad y notificación al Estado del funcionario vinculando el proyecto de artículo 8 a los proyectos de artículos 9 y 12.

161. Además, varios miembros estuvieron de acuerdo con la condición enunciada en el párrafo 3 del proyecto de artículo 8 de que la inmunidad debía considerarse antes de que el Estado del foro pretendiese adoptar una medida coercitiva respecto del funcionario del Estado extranjero. En este sentido, se sugirió que se proporcionaran ejemplos para ilustrar los actos del Estado del foro, incluidas las medidas coercitivas, que se verían afectados por la inmunidad, señalando que debía prestarse especial atención a la inmunidad *ratione materiae*. Algunos miembros señalaron que la consideración de la inmunidad en tales casos no debía limitarse a las situaciones en que el funcionario del Estado extranjero estuviera en el desempeño de sus funciones. Asimismo, si se presumía que el funcionario del Estado extranjero gozaba de inmunidad frente a medidas coercitivas antes de la determinación de la inmunidad, ello debía aclararse en el proyecto de artículo 9.

162. Se planteó una cuestión más amplia sobre si los proyectos de artículo 8 y 9 debían volver a formularse para reflejar la distinción entre inmunidad *ratione personae* e inmunidad *ratione materiae*. Dependiendo del tipo de inmunidad de que se tratase, el momento en que el Estado del foro examinara la cuestión podía variar (véase el párrafo 172 *infra*).

#### *Proyectos de artículo 10 y 11 (Invocación de la inmunidad y renuncia a ella)*

163. Varios miembros estuvieron de acuerdo, en lo esencial, con el proyecto de artículo 10 (Invocación de la inmunidad), mientras que hubo opiniones divergentes sobre un enfoque diferenciado entre la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*. En particular, del párrafo 6 del proyecto de artículo 10 se desprendía que el Estado del foro decidiría de oficio en un asunto relacionado con la inmunidad *ratione personae*, mientras que se esperaba que el Estado del funcionario invocara la inmunidad *ratione materiae* antes de su consideración por el Estado del foro. No todos los miembros se mostraron partidarios de esa distinción.

164. Se propuso que, en caso de que no se invocara la inmunidad *ratione materiae*, el Estado del foro considerara o decidiera de oficio la cuestión tan pronto como tuviera conocimiento del estatus del funcionario del Estado extranjero o de los actos de que se tratara. Otra propuesta fue que, a los fines de la inmunidad *ratione materiae*, los actos del funcionario del Estado extranjero se consideraran separables, lo que tendría como efecto que la invocación de la inmunidad o la renuncia a ella podría ser aplicable a algunos actos, pero no a otros.

165. Se reconoció que el derecho a invocar la inmunidad o a renunciar a ella correspondía al Estado del funcionario, y no al funcionario. No obstante, algunos miembros señalaron que, en la práctica, a menudo era el funcionario el primero en reclamar la inmunidad en la práctica. A este respecto, se sugirió que podría aconsejarse a los Estados que estipularan en su derecho interno el órgano competente para invocar la inmunidad. Las obligaciones del Estado del foro también deberían aclararse en el caso de que el funcionario reclamara la inmunidad y el Estado la negara, como en los casos en que el funcionario cometiera un delito siguiendo órdenes del Estado.

166. Algunos miembros consideraron que la invocación de la inmunidad no era un requisito previo para su aplicación, ya que la inmunidad existía como cuestión de derecho internacional, y otros señalaron que no había obligación de invocar inmediatamente la inmunidad. Se dijo que debería existir una presunción de inmunidad a menos que el Estado del funcionario aclarara la inexistencia de inmunidad o renunciara a ella. Según otra opinión, la no invocación de la inmunidad podía utilizarse con fines probatorios a tal efecto, pero no debía impedir que el Estado del funcionario invocara la inmunidad en una etapa posterior. Asimismo, se observó que el hecho de no invocar la inmunidad no debía interpretarse automáticamente como una renuncia. No obstante, se mencionó que podría existir una posibilidad excepcional cuando se presumiera que el Estado del funcionario había renunciado a la inmunidad de su funcionario si no invocaba la inmunidad dentro de un plazo razonable después de haber sido notificado o de haber tenido conocimiento de las actuaciones contra el funcionario. En opinión de algunos miembros, cabía esperar que se aclararan las consecuencias de no invocar la inmunidad.

167. En relación con el proyecto de artículo 11 (Renuncia a la inmunidad), varios miembros convinieron en que la renuncia a la inmunidad debía ser, como norma general, expresa. Algunos consideraron que la renuncia debía ser expresa en todos los casos. También se hizo referencia a la opinión del anterior Relator Especial, el Sr. Kolodkin, que había llegado a la conclusión de que la renuncia a la inmunidad debía ser expresa en el caso de la *troika*, pero que podía ser expresa o implícita en el caso de otros funcionarios que gozaran de inmunidad *ratione personae* o de inmunidad *ratione materiae*. Además se planteó, para su ulterior consideración, la cuestión de la comparecencia de un Estado ante los tribunales de otro Estado, aunque también se dijo que esa comparecencia no debía interpretarse como una renuncia expresa a la inmunidad. Con respecto al párrafo 4 del proyecto de artículo 11, varios miembros dudaron de que una disposición convencional aplicable entre el Estado del foro y el Estado del funcionario pudiera interpretarse como una renuncia implícita o expresa. A este respecto, se mencionó como alternativa la elaboración de una cláusula sin perjuicio a tal efecto. También se sugirió que esta cuestión se abordara por separado en otra disposición, ya que se trataba de hecho de una excepción en virtud de un tratado.

168. En cuanto a la forma de comunicación entre el Estado del foro y el Estado del funcionario, algunos miembros mencionaron que el requisito de invocar la inmunidad por escrito no reflejaba necesariamente la práctica internacional. Además, varios miembros destacaron el papel fundamental del canal diplomático en las comunicaciones entre el Estado del foro y el Estado del funcionario. También se mencionó el ejercicio de la diplomacia a través de terceros, como los intermediarios. Contó con apoyo general una propuesta de redacción para hacer hincapié en el uso de la vía diplomática en un sentido más amplio, en el contexto de la invocación de la inmunidad y la renuncia a ella, en los proyectos de artículo 10 y 11, así como en los procesos de notificación, intercambio de información y consultas en los proyectos de artículo 12, 13 y 15, respectivamente. Se señaló además que los Estados interesados deberían tener libertad para decidir el canal de comunicación más apropiado.

169. Se propuso que la invocación de la inmunidad diera lugar a consultas entre los dos Estados interesados, con el efecto de suspender las actuaciones durante un período razonable en el transcurso de esas consultas. Además, se sugirió que se aclarara que la participación del Estado del funcionario en los procesos de intercambio de información y consultas con el Estado del foro no podía interpretarse como una renuncia implícita a la inmunidad.

170. Se expresaron diversas posiciones sobre la irrevocabilidad de la renuncia a la inmunidad. Los miembros de la Comisión respaldaron, en general, la formulación del párrafo 6 del artículo 11, y se dijo que debería establecerse la presunción de que la renuncia era irrevocable, a menos que el Estado del funcionario se pronunciase en otro sentido. También se puso de relieve la necesidad de examinar esa disposición, ya que la revocación podría estar justificada por otros motivos, como los relativos a intereses nacionales vitales.

*Proyectos de artículo 12 a 15 (Garantías procesales que operan entre el Estado del foro y el Estado del funcionario)*

171. Varios miembros hicieron hincapié en la relevancia del derecho interno y la utilización de la vía diplomática para la aplicación de los proyectos de artículo 12 a 15. En cuanto al proyecto de artículo 12, los miembros reconocieron en general la importancia crucial de la notificación en el marco general de las garantías procesales. Algunos miembros se preguntaron si podía imponerse al Estado del foro la obligación jurídica de notificar al Estado del funcionario, en particular en relación con la inmunidad *ratione materiae*. Se observó que algunas de las disposiciones convencionales citadas en el séptimo informe se referían a la notificación a varios Estados a los efectos del ejercicio de la jurisdicción penal por esos Estados, y no a los efectos de la invocación de la inmunidad, su determinación o la renuncia a ella. Con respecto a la aplicación práctica de la obligación de notificación, también se plantearon cuestiones tales como si los tribunales de un Estado proporcionarían información al poder ejecutivo de ese Estado, y si la autoridad central de un Estado para la asistencia jurídica mutua sería la autoridad competente para comunicar la notificación con respecto a la inmunidad. Otros miembros expresaron su apoyo a la imposición de una obligación limitada de notificación. En particular, algunos miembros sugirieron que se excluyera la notificación de información en circunstancias que pudieran crear el riesgo de que las víctimas y los posibles testigos resultaran perjudicados, que se dañaran o manipularan pruebas, o que el funcionario se fugara. Además, la notificación podría estar sujeta a condiciones de confidencialidad, como se reconocía en el párrafo 5 del proyecto de artículo 13.

172. Con respecto al proyecto de artículo 13 (Intercambio de información), se sugirió que el alcance de la información que pudiera solicitarse al Estado del funcionario se limitara a la información necesaria para que el Estado del foro decidiera sobre la aplicación de la inmunidad. Además, algunos miembros observaron, con respecto al párrafo 4 del proyecto de artículo 13, que los motivos para denegar una solicitud de información no se limitaban necesariamente a situaciones que afectaran a la soberanía, el orden público, la seguridad o intereses públicos fundamentales, sino que podían incluir otras razones, como casos relacionados con la excepción de delitos políticos, violaciones de los derechos humanos, acoso o discriminación. Como alternativa, se propuso que el Estado del funcionario tuviera derecho a denegar una solicitud de información por cualquier motivo sin dar una explicación.

173. En relación con el proyecto de artículo 14 (Remisión del procedimiento penal), varios miembros coincidieron con la Relatora Especial en que la remisión del procedimiento al Estado del funcionario era un mecanismo útil para asegurar la responsabilidad penal individual de los funcionarios del Estado y lograr al mismo tiempo un equilibrio entre el respeto de la igualdad soberana del Estado del funcionario y el derecho del Estado del foro a ejercer la jurisdicción penal. Se reiteraron los principios de complementariedad y subsidiariedad de la jurisdicción del Estado del foro en relación con la primacía de la jurisdicción del Estado del funcionario. A este respecto, se hizo referencia a la práctica de los Estados que ilustraba la remisión del procedimiento del Estado del foro al Estado del funcionario condicionada al ejercicio efectivo de la jurisdicción de este último. Además, se planteó y destacó la manera en que funcionaría el principio de

subsidiariedad en el contexto del ejercicio de la jurisdicción basada, en particular, en el principio de la nacionalidad pasiva.

174. Varios miembros sugirieron que en el proyecto de artículo 14 se dispusiera expresamente que el Estado del funcionario podía solicitar que el Estado del foro remitiera el procedimiento relativo a su funcionario. En relación con el párrafo 2 del proyecto de artículo 14, se propuso que una solicitud de remisión de un procedimiento, ya fuera del Estado del funcionario o del Estado del foro, tuviera por efecto la suspensión del procedimiento hasta que el Estado interesado se pronunciara sobre dicha solicitud.

175. También se formularon varias propuestas con el fin de prevenir un posible abuso de la remisión del procedimiento. Se sugirió que podrían imponerse restricciones cuando el Estado del funcionario no estuviera dispuesto a investigar o enjuiciar a su funcionario o no pudiera realmente hacerlo, tomando como base el artículo 17 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Asimismo, podría requerirse que el Estado del funcionario ofreciera seguridades a este respecto como condición para la remisión del procedimiento. Además, en el caso de una remisión del procedimiento, el Estado del funcionario debería estar obligado a llevar a cabo las actuaciones de buena fe y de conformidad con los más estrictos criterios judiciales internacionales reconocidos. Otra propuesta, inspirada en el artículo 20 del Estatuto de Roma, fue que se permitiera que el funcionario volviera a ser juzgado ante los tribunales del Estado del foro si el procedimiento remitido al Estado del funcionario tenía por objeto protegerlo de la responsabilidad penal o se llevaba a cabo de manera incompatible con la intención de llevar al funcionario en cuestión ante la justicia. A este respecto, era importante tener presente la situación general en el Estado del funcionario. También se mencionó la importancia del principio de no devolución. Asimismo, se sugirió que se incluyera una disposición para que el Estado del foro no pudiera denegar arbitrariamente una solicitud de remisión del procedimiento.

176. Se hizo hincapié en el papel fundamental de las consultas entre los Estados interesados, como se refleja en el proyecto de artículo 15. Se formularon propuestas de redacción para vincular o fusionar los proyectos de artículo 13 y 15. Recibió apoyo general el proyecto de artículo 15, aunque se sugirió que se siguiera examinando el momento de las consultas.

#### *Proyecto de artículo 16 (Derechos y garantías procesales del funcionario)*

177. Si bien algunos miembros cuestionaron la necesidad de incluir el proyecto de artículo 16, otros lo consideraron útil por su incidencia en los derechos y garantías procesales del funcionario del Estado extranjero, en particular en el contexto de la protección del funcionario frente a procedimientos por motivos políticos. Varios miembros estuvieron de acuerdo con la Relatora Especial en que los derechos y garantías procesales en relación con un trato justo ante un tribunal imparcial estaban bien reconocidos en derecho internacional, incluidos el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho penal internacional y el derecho internacional humanitario. Al mismo tiempo, se sugirió que sería útil aclarar el contenido de los derechos y garantías procesales propuestos. También se mencionó la necesidad de vincular esos derechos y garantías a la aplicación del proyecto de artículo 7. Se sugirió además que el proyecto de artículo 16 podría ampliarse para ofrecer garantías procesales a los funcionarios extranjeros del Estado, con independencia de que se estuviera examinando la inmunidad en un caso particular.

178. Con respecto al párrafo 3 del proyecto de artículo 16, se observó que la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que codificaba el derecho internacional consuetudinario, solo exigía la notificación consular a petición de la persona detenida. Si bien un miembro de la Comisión señaló que el derecho general a la asistencia consular no estaba establecido en derecho internacional consuetudinario, varios miembros dijeron que debería hacerse más hincapié en la asistencia consular, en particular cuando el Estado del foro tuviera la intención de ejercer la jurisdicción penal contra una persona que hubiera dejado de ser funcionario del Estado y la situación se señalara a la atención del Estado del funcionario mediante asistencia consular.

179. Se formularon varias propuestas con respecto a la redacción. En aras de la coherencia, varios miembros sugirieron que se utilizara una formulación similar a la del proyecto de artículo 11 del proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad.

**c) Plan de trabajo futuro**

180. Los miembros de la Comisión apoyaron en general el plan de completar la primera lectura del proyecto de artículos en 2020, aunque se requería tiempo suficiente para que la Comisión pudiera examinarlo en profundidad. Si bien algunos miembros se mostraron partidarios de examinar ciertas definiciones, incluida la de “jurisdicción penal”, propuestas para el proyecto de artículo 2 (Definiciones), otros prefirieron hacerlo en una etapa posterior. Además, se sugirió que la Comisión abordara en su labor futura los problemas de los actos *ultra vires* de los funcionarios del Estado, las cuestiones sobre la inviolabilidad en relación con la inmunidad y las consideraciones relativas al reconocimiento, así como que volviera a examinarse la cuestión de la cláusula de excepción territorial y sus implicaciones para la jurisdicción penal.

181. Teniendo en cuenta la posición de la Relatora Especial en su presentación del séptimo informe, la mayoría de los miembros estuvieron de acuerdo en que la Comisión no necesitaba entrar en un debate sobre el fallo, de 6 de mayo de 2019, de la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional en la causa relativa a Jordania, aunque algunos miembros consideraron necesario abordar la relación entre la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y la obligación de los Estados de cooperar con las cortes o tribunales penales internacionales. Se observó que la decisión de la Sala de Apelaciones no constituía, en todo caso, la última palabra sobre la cuestión, ya que los Estados de África estaban considerando la posibilidad de proponer que la Asamblea General solicitara a la Corte Internacional de Justicia una opinión consultiva sobre las consecuencias de las obligaciones jurídicas que incumben a los Estados, en virtud de diversas fuentes del derecho internacional, con respecto a las inmunidades de los Jefes de Estado y de Gobierno y otros altos funcionarios. Algunos miembros expresaron su preocupación por la posibilidad de que la Relatora Especial pudiera examinar esta cuestión desde una perspectiva amplia, mientras que otros estuvieron a favor de ello o no se opusieron a ese enfoque. Algunos miembros opinaron que esta cuestión quedaba fuera del ámbito del tema, como se reflejaba en el proyecto de artículo 1. Otros miembros se reservaron su posición a este respecto.

182. Entre los miembros hubo opiniones divergentes en relación con la cuestión de si la Relatora Especial debía proponer en el proyecto de artículos un mecanismo de arreglo de controversias entre el Estado del foro y el Estado del funcionario. Algunos miembros se mostraron abiertos a esa propuesta, mientras que otros no la apoyaron. Se recordó que la consideración de esta cuestión había sido solicitada por los Estados de África en el contexto del debate sobre la jurisdicción universal. Varios miembros sugirieron que podría establecerse un mecanismo de arreglo de controversias basado en disposiciones similares preparadas por la Comisión en otros temas, a saber, el proyecto de artículo 15 del proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad y el proyecto de conclusión 21 del proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*). También se expresaron inquietudes en relación con la viabilidad y la idoneidad de un mecanismo de arreglo de controversias que funcionara de manera distinta a la de una disposición convencional, y con la necesidad de evitar que pudiera verse socavado el proyecto de artículos en su conjunto.

183. En cuanto a la posible inclusión de las mejores prácticas recomendadas sobre el tema, varios miembros señalaron que podría ser útil para los Estados, en particular para reducir el riesgo de cualquier ejercicio políticamente motivado o espurio de la jurisdicción respecto de los funcionarios del Estado. Al mismo tiempo, varios miembros señalaron que la Comisión tendría que decidirlo en función de la forma final prevista por la Relatora Especial.

184. Se dijo que la Comisión debía adoptar una posición clara acerca del resultado final de la labor sobre el tema, y se observó en particular que una recomendación de elaborar un tratado ayudaría a superar algunas de las diferencias relacionadas con los



procedimientos, y que algunas de las propuestas tenían sentido en relación con un tratado como resultado final.

### 3. Observaciones finales de la Relatora Especial

185. En su resumen del debate, la Relatora Especial expresó su satisfacción por el amplio y sustantivo debate de los informes sexto y séptimo en 2018 (16 intervenciones) y 2019 (28 intervenciones). El debate fue enriquecedor y constructivo, tanto en 2018 como en el período de sesiones en curso. Señaló que el debate confirmaba la importancia de examinar, en el contexto del tema, las disposiciones sobre garantías y salvaguardias procesales, cuya inclusión en el proyecto de artículos era una propuesta innovadora que podría ser de considerable ayuda para los Estados. Puso de relieve el amplio apoyo de los miembros de la Comisión a los proyectos de artículo 8 a 16. También agradeció las observaciones, sugerencias y críticas formuladas, así como las propuestas adicionales de carácter sustantivo, algunas de las cuales podrían abordarse en el Comité de Redacción. En cuanto a la sugerencia que habían hecho algunos miembros de la Comisión acerca de la reordenación del proyecto de artículos, la Relatora propuso que la secuencia fuera la siguiente: proyectos de artículo 8, 12, 10, 11, 13, 9, 14, 15 y 16.

186. La Relatora Especial reiteró que los proyectos de artículo sobre disposiciones y garantías procesales debían ser considerados como un todo en relación con la aplicación de la inmunidad. Su función no era ofrecer garantías únicamente respecto de un supuesto específico en que se suscitase la cuestión de la inmunidad (en especial en relación con el proyecto de artículo 7), sino respecto de todos los casos en que la aplicación de la misma pudiera plantearse. Su finalidad era diseñar mecanismos que garantizaran el equilibrio entre las distintas normas, principios e intereses existentes, y ofrecer garantías que aseguraran el equilibrio entre el Estado del foro y el Estado del funcionario. Por tanto, reafirmó que los proyectos de artículo propuestos eran de aplicación al proyecto de artículos entendido en su conjunto, incluido el proyecto de artículo 7.

187. A este respecto afirmó que no compartía las opiniones expresadas por algunos miembros de la Comisión en el sentido de que los proyectos de artículos 8 a 16 no eran de aplicación a situaciones abordadas en el proyecto de artículo 7. Afirmó que las disposiciones relativas a la consideración de la inmunidad, la notificación, la invocación de la inmunidad y la renuncia a esta, el intercambio de información, la determinación de la inmunidad, la remisión del procedimiento, las consultas y el derecho del funcionario extranjero a un trato justo eran de aplicación a situaciones que se abordaban en el proyecto de artículo 7. No obstante, la Relatora Especial se refirió a la preocupación que algunos miembros de la Comisión habían expresado respecto de la necesidad de que se adoptasen garantías especiales en relación con el proyecto de artículo 7, así como a las propuestas que varios miembros habían formulado al respecto. En tal sentido, manifestó su disposición a que dichas propuestas específicas fuesen consideradas por el Comité de Redacción cuando se examinasen los proyectos de artículo que figuraban en su séptimo informe.

188. En relación con la terminología empleada en el proyecto de artículo 8 (“Consideración de la inmunidad”) y el proyecto de artículo 9 (“Determinación de la inmunidad”), la Relatora Especial señaló que el uso de términos distintos era intencionado, ya que cada proyecto de artículo se refería a cuestiones diferentes. Con la expresión “consideración de la inmunidad” se hacía referencia a la obligación de las autoridades del foro de iniciar el examen de la cuestión de la inmunidad tan pronto como identificasen la presencia de un funcionario extranjero. Con la expresión “determinación de la inmunidad” se hacía referencia a la adopción de una decisión sobre la aplicación o no de la inmunidad en el caso concreto. Así, mientras que el proyecto de artículo 8 tenía una dimensión sobre todo temporal, el proyecto de artículo 9 incidía en el órgano competente para pronunciarse sobre la aplicación de la inmunidad, en los elementos normativos que este órgano debía tener en cuenta para tomar dicha decisión, así como en la concurrencia o no de ciertas circunstancias, tales como la invocación o no de la inmunidad, que podían ser esenciales para pronunciarse sobre si la inmunidad era o no era de aplicación. Por ello, dijo que no consideraba adecuado utilizar la misma terminología en ambos artículos, aunque manifestó su disposición a considerar una terminología distinta para cada caso, como, por ejemplo, “examen de la cuestión de la inmunidad” (proyecto de artículo 8) o “pronunciamiento sobre

la aplicabilidad de la inmunidad” (proyecto de artículo 9). En todo caso, se mostró contraria a fusionar los proyectos de artículo 8 y 9 en uno solo.

189. Con respecto al proyecto de artículo 8, señaló que la mayoría de los miembros de la Comisión habían apoyado la aproximación flexible que se reflejaba en el mismo, conforme a la cual la inmunidad debería ser examinada siempre antes del procesamiento del funcionario y/o el inicio del juicio oral (es decir, la fase judicial), e incluso antes de este momento si las autoridades del Estado del foro pretendían adoptar respecto del funcionario alguna medida coercitiva que pudiera afectar al ejercicio de sus funciones. No obstante, tomó nota de las observaciones de algunos miembros de que debería examinarse con más detalle la cuestión de la consideración de la inmunidad respecto de las actividades meramente ejecutivas y respecto de toda actividad de investigación, así como de la necesidad de examinar la cuestión de la inviolabilidad del funcionario extranjero. En relación con dichos comentarios, señaló que buena parte de las cuestiones suscitadas podían ser abordadas en el contexto de la definición del concepto de “jurisdicción penal”, para el que ya formuló una propuesta en 2013 que se encontraba en el Comité de Redacción pendiente de examen. La Relatora Especial expresó su satisfacción por el amplio apoyo que la elaboración de esa definición había recibido por parte de los miembros de la Comisión. En un sentido similar, manifestó su disposición a considerar el uso de la expresión “sin dilación” en lugar de “en un momento temprano”. Por último, se mostró igualmente dispuesta a examinar el uso alternativo de las expresiones “autoridades competentes”, “autoridades del Estado del foro” o simplemente “Estado del foro”.

190. En relación con el proyecto de artículo 9, la Relatora Especial reiteró, en primer lugar, su convencimiento de que la determinación de la inmunidad debía corresponder a los tribunales del Estado del foro, si bien tomó nota de las observaciones de un cierto número de miembros de la Comisión sobre la diversidad de ordenamientos jurídicos nacionales y sobre el hecho de que, en algunos Estados, la determinación la realizaran autoridades distintas de los tribunales, incluso pertenecientes al ejecutivo. Por ello, mostró su disposición a que el Comité de Redacción pudiera examinar una fórmula más amplia, que abarcara todas las posibles situaciones que cabía encontrar en las legislaciones nacionales. No obstante, destacó que los efectos jurídicos internos que se derivaban de la decisión sobre la aplicación o no de la inmunidad no permitían que fuera posible calificar dicha decisión de mero “acto político” o “acto de gobierno” susceptible de quedar excluido del control judicial. Por lo que se refería al derecho aplicable para determinar la aplicación de la inmunidad, reiteró que dicha decisión debería necesariamente tener en cuenta el derecho del Estado del foro, las reglas incorporadas en el proyecto de artículos de la Comisión que definían los elementos normativos de la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*, así como otras normas de derecho internacional aplicables en el caso concreto.

191. La Relatora Especial afirmó que el proyecto de artículo 9 era el marco adecuado para examinar la propuesta relativa al refuerzo de las garantías procesales referidas al proyecto de artículo 7, que había sido presentada por un miembro de la Comisión en su intervención en sesión plenaria, ya que dicha propuesta tenía como finalidad establecer algunas garantías suplementarias para determinar si la inmunidad era de aplicación, o no, en el caso de que se alegase la supuesta comisión de algunos de los crímenes de derecho internacional enumerados en dicho proyecto de artículo. En relación con esas garantías, la Relatora Especial expresó su conformidad con el requisito de que la inmunidad debería ser decidida por las autoridades competentes de más alto rango del Estado del foro. Señaló que sería igualmente deseable que la determinación de la inmunidad se realizase solo cuando hubiese indicios suficientes de que el funcionario extranjero podría haber cometido los crímenes que se le atribuían, pero afirmó que el empleo de la expresión “the alleged offence is fully conclusive” no eran adecuados, en particular porque implicaban un grado de desarrollo del procedimiento que era incompatible con la exigencia de que la inmunidad fuera considerada en un momento temprano. Por último, la Relatora Especial señaló que también podía convenir en la cuestión de la remisión del procedimiento al Estado del funcionario, que podría analizarse en relación con el proyecto de artículo 9 o en el marco del proyecto de artículo 14, que ya contemplaba ese mecanismo. En todo caso, la Relatora Especial afirmó que, a su juicio, esas garantías suplementarias deberían aplicarse en todos los casos en que hubiera que determinar la aplicación de la inmunidad *ratione materiae* de

un funcionario extranjero (también cuando se plantease la aplicación del proyecto de artículo 7), sin que existiera razón alguna para limitarla a los casos en que se suscitase la comisión de un crimen de derecho internacional. Por último, la Relatora Especial señaló que no consideraba apropiado incluir el requisito de que el funcionario del Estado debiera encontrarse en el territorio del Estado del foro, ya que con ello no se tenía en cuenta la gran diversidad existente en los ordenamientos jurídicos nacionales en relación con esta cuestión.

192. En cuanto al proyecto de artículo 11, la Relatora Especial reiteró su posición respecto del distinto régimen que se debía aplicar a la invocación en el caso de la inmunidad *ratione personae* y la inmunidad *ratione materiae*, y recordó que dicha posición había sido adoptada también por el antiguo Relator Especial, el Sr. Kolodkin. No obstante, señaló que estaba dispuesta a considerar alguna fórmula que permitiera flexibilizar esa distinción en el caso de que las autoridades del Estado del foro tuvieran conocimiento directo de la condición de funcionario extranjero de la persona respecto de la que pretendían ejercer la jurisdicción, y que para ello podía recurrirse a fórmulas de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. En cuanto al momento en que se debía invocar la inmunidad, aceptó la sugerencia formulada por varios miembros de la Comisión de revisar la redacción del párrafo 2 del proyecto de artículo a fin de tomar en consideración la diversidad de situaciones en que podía encontrarse un Estado a la hora de decidir sobre la invocación de la inmunidad de uno de sus funcionarios. En todo caso, reiteró que la no invocación de la inmunidad no podía entenderse automáticamente como una renuncia a la inmunidad.

193. En relación con el proyecto de artículo 11, reiteró que la renuncia a la inmunidad era un derecho del Estado del funcionario, que no producía efectos retroactivos y que debía ser clara y expresa, y declaró su disposición a que el Comité de Redacción analizase la manera más adecuada para referirse a la forma en que un tratado internacional podía generar una renuncia a la inmunidad. Igualmente señaló que sería útil que el Comité de Redacción examinase la propuesta formulada por un miembro de la Comisión de que el Estado del funcionario debería renunciar a la inmunidad u ofrecerse a enjuiciar él mismo cuando se alegase que el funcionario había cometido crímenes de derecho internacional graves.

194. Con respecto a los elementos procesales comunes a la invocación de la inmunidad y la renuncia a ella, la Relatora Especial puso de relieve el amplio consenso existente en la Comisión respecto de la forma de ambos actos y del órgano competente para llevarlos a cabo. En tal sentido, reiteró que ambas deberían formularse por escrito y tener un contenido preciso, y que el órgano competente para proceder a la invocación de la inmunidad o la renuncia a ella dependería del ordenamiento jurídico de cada Estado. En cuanto a la vía que debería emplearse para comunicar al Estado del foro tanto la invocación de la inmunidad como la renuncia a ella, destacó que la referencia a los mecanismos propios de la asistencia jurídica mutua se justificaba por razones de eficacia, sin que ello fuera en detrimento de la comunicación por vía diplomática. En tal sentido, señaló que estaba dispuesta a considerar una nueva redacción que pusiera de relieve que la invocación de la inmunidad y la renuncia a ella se realizaban habitualmente por vía diplomática. La Relatora Especial se refirió en términos similares a la comunicación por vía diplomática en relación con los proyectos de artículos 12 y 13.

195. En referencia a los proyectos de artículo 12 a 15, la Relatora Especial destacó que, en general, habían contado con amplio apoyo. En cuanto al proyecto de artículo 12 (notificación) reiteró su carácter esencial para el correcto funcionamiento del sistema de garantías procesales, aunque afirmó que la definición de límites a la obligación de notificación debería ser examinada por el Comité de Redacción.

196. En lo que se refiere al proyecto de artículo 13, la Relatora Especial recordó que el intercambio de información constituía un elemento esencial para considerar y determinar la inmunidad, en particular en el caso de la inmunidad *ratione materiae*. En cuanto a la negativa del Estado del funcionario a remitir la información solicitada, reiteró que sería útil enumerar los motivos para dicha negativa, o al menos establecer que el Estado del funcionario “debe considerar la solicitud de buena fe”. En cualquier caso, insistió en que la negativa a remitir la información solicitada no podía ser motivo para declarar que la inmunidad no era de aplicación. Además, afirmó que el proyecto de artículo 13 podía

complementarse con una referencia explícita que dijera que el suministro de información no podía en ningún caso interpretarse como renuncia a la inmunidad o reconocimiento de la jurisdicción penal del Estado del foro. La Relatora Especial reiteró su opinión de que el intercambio de información previsto en el proyecto de artículo 13 podía funcionar de manera bidireccional.

197. En relación con el proyecto de artículo 14, la Relatora Especial destacó el amplio apoyo que este había recibido, al considerar los miembros de la Comisión que la remisión del procedimiento penal al Estado del funcionario era un instrumento útil y constituía una pieza importante del sistema de salvaguardas procesales. En relación con este mecanismo, la Relatora Especial aclaró que la remisión del procedimiento podía tener lugar tanto en situaciones en que la inmunidad no fuese de aplicación como en situaciones en que la inmunidad lo fuese. También aclaró que el proyecto de artículo 14 permitía que la solicitud de remisión se formulase tanto por el Estado del foro como por el Estado del funcionario, aunque serían siempre las autoridades competentes del Estado del foro las que habrían de pronunciarse sobre si remitían o no el procedimiento al Estado del funcionario. La Relatora Especial afirmó que la remisión del procedimiento encontraba su fundamento en los principios de subsidiariedad y complementariedad, ya que, si el Estado del funcionario ejercía su propia jurisdicción para enjuiciar al funcionario, parecía lógico que dicha jurisdicción tuviera carácter preferente frente a la jurisdicción del Estado del foro. No obstante, expresó la opinión —manifestada por un buen número de miembros de la Comisión— de que la remisión del procedimiento no podía convertirse en un instrumento para liberar al funcionario de todo enjuiciamiento, ya que ello constituiría un fraude respecto de la institución de la “remisión del procedimiento”, invalidaría su efecto útil y podría tener la consecuencia no deseada de facilitar la impunidad en relación con los crímenes internacionales más graves. Por ello, manifestó su apoyo a la propuesta formulada por varios miembros de la Comisión de que la remisión debería estar sujeta a la condición de que el Estado del funcionario verdaderamente pudiera y quisiera ejercer su jurisdicción y que realmente la ejerciera. La Relatora Especial no consideró necesario pronunciarse en este momento sobre la remisión del procedimiento penal a una corte o tribunal penal internacional.

198. Respecto del proyecto de artículo 15, la Relatora Especial destacó el gran apoyo que los miembros de la Comisión habían dado a la institución de las consultas, que habían sido consideradas un instrumento de amplio espectro que podría ser útil, incluso, en el ámbito del arreglo de controversias. Por ello, afirmó que las consultas debían ser objeto de un tratamiento autónomo en el proyecto de artículos y se mostró contraria a fusionar el proyecto de artículo 15 con ninguna otra disposición procesal.

199. En cuanto al proyecto de artículo 16, la Relatora Especial confirmó la importancia y el carácter esencial del mismo, ya que aseguraba que el funcionario extranjero sería tratado de modo justo e imparcial por parte de las autoridades del foro, tanto durante el proceso de consideración y determinación de la inmunidad como con posterioridad, en el supuesto de que las autoridades del Estado del foro considerasen que la inmunidad no era de aplicación. Por lo que se refería al contenido del proyecto de artículo y a su relación con otras disposiciones similares recientemente aprobadas por la Comisión en el marco de otros temas, la Relatora Especial señaló que ello podría ser abordado en el Comité de Redacción teniendo en cuenta las peculiaridades de cada proyecto.

200. Con respecto a la labor futura, la Relatora Especial reiteró su deseo de hacer un breve análisis, en términos generales, sobre la relación del presente tema con la jurisdicción penal internacional, teniendo presente la posibilidad de remitir el procedimiento a una corte o un tribunal internacional. La Relatora Especial confirmó que abordaría la cuestión de los mecanismos de arreglo de controversias, así como la de las mejores prácticas, centrándose en los aspectos operacionales más que en los normativos. Indicó que las cuestiones relativas a los actos *ultra vires* y otras cuestiones pendientes se abordarían en los comentarios.

201. En relación con la forma definitiva del proyecto, la Relatora Especial señaló que era prematuro que la Comisión decidiera si iba o no iba a elaborarse un tratado; la forma actual del proyecto de artículos era suficiente.

## Capítulo IX

### Principios generales del derecho

#### A. Introducción

202. En su 70º período de sesiones (2018), la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema “Principios generales del derecho” y nombró Relator Especial al Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez.

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

203. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el primer informe del Relator Especial (A/CN.4/732), que se ocupaba del alcance del tema y de las principales cuestiones que deberían abordarse en los trabajos de la Comisión. En el informe también se examinaba la labor anterior de la Comisión sobre los principios generales del derecho, se ofrecía un panorama general de la evolución de los principios generales del derecho a lo largo del tiempo y se hacía una evaluación inicial de ciertos aspectos básicos del tema. El Relator Especial proponía tres proyectos de conclusión. Asimismo, hacía sugerencias en relación con el programa de trabajo futuro sobre el tema.

204. La Comisión examinó el informe en sus sesiones 3488ª a 3494ª, celebradas del 23 al 30 de julio de 2019.

205. En su 3494ª sesión, que tuvo lugar el 30 de julio de 2019, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de conclusión 1 a 3 que figuraban en el primer informe del Relator Especial, teniendo en cuenta las opiniones expresadas en el debate en sesión plenaria<sup>1483</sup>.

206. En su 3503ª sesión, celebrada el 7 de agosto de 2019, el Presidente del Comité de Redacción presentó un informe oral provisional sobre el proyecto de artículo 1 aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción. El informe, que se presentó únicamente a título informativo, puede consultarse en el sitio web de la Comisión<sup>1484</sup>.

207. En su 3507ª sesión, celebrada el 9 de agosto de 2019, la Comisión pidió a la Secretaría que preparase un memorando en el que se estudiase jurisprudencia de los tribunales arbitrales interestatales y de las cortes y tribunales penales internacionales de ámbito universal, así como tratados, que fueran de especial relevancia para su labor sobre el tema.

<sup>1483</sup> Los proyectos de conclusión propuestos por el Relator Especial en su primer informe dicen lo siguiente:

**“Proyecto de conclusión 1**

**Ámbito**

El presente proyecto de conclusiones se refiere a los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional.

**Proyecto de conclusión 2**

**Requisito del reconocimiento**

Para que exista un principio general del derecho, debe ser generalmente reconocido por los Estados.

**Proyecto de conclusión 3**

**Categorías de principios generales del derecho**

Los principios generales del derecho comprenden:

- a) los derivados de los sistemas jurídicos nacionales;
- b) los formados en el sistema jurídico internacional.”

<sup>1484</sup> <http://legal.un.org/ilc/guide/gfra/shtml>.

## 1. Presentación del primer informe por el Relator Especial

208. El Relator Especial presentó su informe e hizo algunas observaciones generales. Dijo que los principios generales del derecho son un componente importante del sistema jurídico internacional y sería útil que la Comisión aclarase ciertos aspectos de esa fuente del derecho internacional casi un siglo después de su inclusión en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional.

209. El Relator Especial subrayó que, adoptando un enfoque prudente y riguroso, la Comisión podía proporcionar orientación a los Estados, las organizaciones internacionales, las cortes y tribunales y todos aquellos llamados a utilizar los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional.

210. El Relator Especial señaló que las reacciones de los Estados Miembros en la Sexta Comisión con respecto a la inclusión del tema en el programa de trabajo de la Comisión habían sido en general muy positivas, y que solo un Estado Miembro había manifestado inquietud de que hubiera insuficiente práctica de los Estados para estudiar el tema de manera adecuada. Indicó que muchas delegaciones habían celebrado la decisión de la Comisión de abordar el tema, que complementaría su labor en relación con otras fuentes del derecho internacional. Añadió que varias delegaciones habían considerado también que la Comisión podía hacer aclaraciones autorizadas sobre la naturaleza, el alcance y la función de los principios generales del derecho, así como sobre los criterios y métodos para su identificación. El Relator Especial también se refirió al gran interés que había suscitado el tema en un grupo de estudio de la Asociación de Derecho Internacional y en diversas publicaciones académicas y actos organizados en relación con él.

211. El Relator Especial señaló a la atención de los miembros de la Comisión las versiones en español y en francés de su primer informe. En la versión en español del informe se había utilizado la expresión “principios generales del derecho”, mientras que en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se hacía referencia a los “principios generales *de* derecho”. En la versión en francés del informe se había empleado la expresión “*principes généraux du droit*”, en tanto que en el Estatuto de la Corte se hablaba de “*principes généraux de droit*”. En su opinión, esas diferencias no eran sustantivas y la terminología empleada en el informe podía mantenerse, ya que esas expresiones (“*del* derecho” y “*du droit*”) habían sido utilizadas en instrumentos internacionales, como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en la doctrina y en la labor reciente de la propia Comisión, como en el tema “Identificación del derecho internacional consuetudinario”.

212. El Relator Especial explicó que el primer informe tenía carácter preliminar e introductorio y que su principal objetivo era sentar las bases de la labor de la Comisión sobre el tema y recabar las opiniones de los miembros de la Comisión y de los Estados a ese respecto.

213. El Relator Especial dijo que el informe estaba dividido en cinco partes: en la primera parte se abordaban cuestiones generales, en la segunda se trataba la labor anterior de la Comisión sobre el tema, en la tercera se examinaba la evolución del tema a lo largo del tiempo, en la cuarta se hacía una evaluación inicial de ciertos aspectos básicos del tema, como los elementos y los orígenes de los principios generales del derecho, y en la quinta se presentaba un futuro programa de trabajo provisional. En el informe también se proponían tres proyectos de conclusión.

214. En la primera parte del informe se exponía el alcance del tema y se planteaban cuatro cuestiones relacionadas entre sí que debía examinar la Comisión, a saber: i) la naturaleza jurídica de los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional y el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; ii) los orígenes de los principios generales del derecho; iii) las funciones de los principios generales del derecho y su relación con otras fuentes del derecho internacional; y iv) la identificación de los principios generales del derecho. También se destacaban algunos aspectos relacionados con la metodología, como la manera de seleccionar material pertinente para el estudio del tema, habida cuenta de la falta de precisión de la terminología empleada en la doctrina y la práctica (por ejemplo, “principio”, “principio general”, “principio general del derecho”, “principio general del derecho

internacional” y “principio fundamental de derecho internacional”), así como de la lista no exhaustiva de los factores que era necesario tener en cuenta para determinar la pertinencia de ese material. El Relator Especial señaló además que, como en el caso del tema “Identificación del derecho internacional consuetudinario”, los ejemplos de principios generales del derecho a los que se hiciera referencia en la labor de la Comisión debían ser meramente ilustrativos y recogerse en los comentarios al proyecto de conclusiones, y que la Comisión no debía entrar en el fondo de esos principios.

215. En la segunda parte del informe se abordaba la labor anterior de la Comisión en relación con el tema. El Relator Especial dijo que los principios generales del derecho habían aparecido en la labor de la Comisión desde sus primeros años, que se habían recogido en el contexto de algunos temas, como el derecho de los tratados y la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, y que ciertos aspectos del presente tema habían sido previamente estudiados o examinados, aunque en general brevemente, por la Comisión, por ejemplo en el contexto de la fragmentación del derecho internacional y la identificación del derecho internacional consuetudinario. Subrayó que la labor anterior de la Comisión había de tenerse en cuenta, según fuera conveniente.

216. La tercera parte del informe, que se ocupaba de la evolución de los principios generales del derecho a lo largo del tiempo, tenía dos objetivos principales: i) poner el tema en contexto, y ii) identificar material pertinente para el estudio de los principios generales del derecho por los miembros de la Comisión. El Relator Especial destacó que el apartado A se centraba en las referencias a los principios generales del derecho en los instrumentos internacionales, mientras que el apartado B abordaba esos principios en la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales. Subrayó que, si bien en el apartado B se examinaban casi exclusivamente ejemplos de solución judicial de controversias, ello no significaba que ese fuera el único contexto en el que se aplicaban los principios generales del derecho; como fuente del derecho internacional, dichos principios debían regular las relaciones entre los sujetos de derecho internacional en general. Añadió que el material citado en ese apartado no era exhaustivo y que, teniendo en cuenta el material disponible, había suficiente práctica judicial estatal e internacional para que la Comisión abordara adecuadamente el tema. El Relator Especial también señaló que en el primer informe se mencionaba brevemente práctica relacionada con los principios generales del derecho de alcance regional y práctica de tribunales administrativos internacionales, y dijo que desearía conocer la opinión de los miembros sobre la conveniencia de examinarlas o no más a fondo.

217. En la cuarta parte del informe se hacía una evaluación inicial del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que se refería a “los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. El Relator Especial identificó tres elementos relacionados entre sí, a saber: “principios generales del derecho”, “reconocidos” y “naciones civilizadas”. La cuarta parte también se ocupaba de los orígenes de los principios generales del derecho. El Relator Especial subrayó que la posición de la Comisión con respecto a esta última cuestión sería decisiva para la manera de abordar el tema en el futuro.

218. El Relator Especial planteó la cuestión de si los “principios generales del derecho”, en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, compartían alguna característica con los “principios generales” de los sistemas jurídicos nacionales. Señaló que, si bien se podía decir que tenían algunas características en común, como su función de llenar las lagunas, sus características probablemente se distinguieran debido a las diferencias estructurales entre el sistema jurídico internacional y los sistemas jurídicos nacionales. Otra cuestión que el Relator Especial señaló a la atención de la Comisión fue la posible diferencia entre los términos “principio” y “norma”. El Relator Especial indicó que la doctrina en esta materia no era unánime. Recordó que tanto la Corte Internacional de Justicia como la Comisión habían señalado que el término “principio” se refería a una norma más “general” y “fundamental” que otras normas de derecho internacional. El informe concluía de manera preliminar que, si bien los principios generales del derecho podían ser de carácter más “general” y “fundamental”, no podía excluirse, teniendo en cuenta la práctica existente, que algunos no tuvieran esas características. Otra cuestión abordada en la cuarta parte del informe era la relación entre



los principios generales del derecho y el “derecho internacional general”. El Relator Especial dijo que estaba claro que la expresión “derecho internacional general” comprendía los principios generales del derecho, como había reiterado recientemente la Comisión en el comentario al proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, lo que implicaba que eran de aplicación universal. No obstante, una referencia al “derecho internacional general” no debía entenderse necesariamente como una referencia a los principios generales del derecho. Así pues, cada caso debía examinarse en su contexto.

219. La cuarta parte del informe también analizaba el sentido del término “reconocidos” en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. El Relator Especial dijo que el reconocimiento era condición esencial para la existencia de un principio general del derecho, de conformidad con el texto del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y con los trabajos preparatorios del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional. Señaló que los redactores del Estatuto habían considerado que la validez formal de los principios generales del derecho se basaría en su reconocimiento por parte de las “naciones civilizadas”. Tal reconocimiento constituiría una base objetiva que respondía a la preocupación de los redactores por evitar que se concediera a los jueces una facultad discrecional excesivamente amplia para determinar la ley. Ese objetivo podría lograrse con el reconocimiento en general, por parte de los Estados, de un principio, una condición que no dependiera de la opinión subjetiva de un juez o de un Estado en particular. El Relator Especial también subrayó que la condición esencial del reconocimiento de los principios generales del derecho difería claramente de las condiciones esenciales para la identificación del derecho internacional consuetudinario, a saber, una práctica general y su aceptación como derecho (*opinio iuris*).

220. En cuanto al término “naciones civilizadas”, el Relator Especial consideró que no debía causar mayores dificultades a la labor de la Comisión. Observó que, si bien este término pudo haber tenido un significado particular en el pasado, resultaba anacrónico y debía evitarse. Teniendo en cuenta la práctica existente y el principio de igualdad soberana, había que entender que este término se refería a todos los Estados de la comunidad internacional. El Relator Especial indicó que esta conclusión no agotaba todas las cuestiones que se planteaban acerca de quién debía reconocer un principio general del derecho, y dijo que desearía conocer la opinión de los miembros de la Comisión sobre las cuestiones que sería necesario abordar en un futuro informe, como el grado de reconocimiento que ha de tener un principio general del derecho, si las organizaciones internacionales podrían contribuir también a la formación de principios generales del derecho, y la especial función que pueden desempeñar las cortes y tribunales internacionales.

221. La sección II de la parte cuarta del primer informe se ocupaba de los orígenes de los principios generales del derecho y de las categorías correspondientes. El Relator Especial reiteró que esta cuestión fundamental determinaría la labor de la Comisión en el futuro. A la luz de la bibliografía y la práctica existente, en el informe se abordaban dos categorías de principios generales del derecho: los derivados de los sistemas jurídicos nacionales y los formados en el sistema jurídico internacional. El Relator Especial indicó que se habían propuesto otras categorías en la doctrina, pero que eran un tanto vagas, podían permitir una discrecionalidad excesiva y no contaban con suficiente respaldo en la práctica, al menos de manera clara, por lo que no se habían abordado en el primer informe.

222. La categoría de los principios generales del derecho derivados de los sistemas jurídicos nacionales se apoyaba en la práctica previa a la aprobación del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, en los trabajos preparatorios del Estatuto, en la amplia práctica actual de los Estados y en la jurisprudencia internacional. El Relator Especial indicó que la identificación de los principios comprendidos en esta categoría requería un análisis en dos etapas: i) la identificación de un principio común a la generalidad de los sistemas jurídicos nacionales o los principales sistemas jurídicos del mundo, y ii) la determinación de si ese principio era aplicable en el sistema jurídico internacional (lo que en ocasiones se denominaba “transposición”).

223. La segunda categoría de principios generales del derecho se refería a los formados en el sistema jurídico internacional. El Relator Especial subrayó que no había nada en los

trabajos preparatorios de los Estatutos de la Corte Permanente de Justicia Internacional y de la Corte Internacional de Justicia, ni en el texto de los mismos, que sugiriera que los principios generales del derecho se limitasen a los derivados de los sistemas jurídicos nacionales. Recordó que, si bien entre los miembros del Comité Consultivo de Juristas había acuerdo general en el sentido de que los principios generales del derecho podían derivarse de los sistemas jurídicos nacionales, la posibilidad de que pudieran tener otros orígenes no quedaba descartada. La existencia de esta categoría podía explicarse también teniendo en cuenta que, si la función de los principios generales del derecho era llenar lagunas, sería lógico recurrir a este tipo de principios, ya que los derivados de los sistemas jurídicos nacionales podían no bastar para desempeñar esa función. La práctica de los Estados y la jurisprudencia internacional, así como la bibliografía, también respaldaban la existencia de esa categoría.

224. Por último, con respecto a la labor futura de la Comisión, el Relator Especial propuso que en el segundo informe se abordaran las funciones de los principios generales del derecho y su relación con otras fuentes del derecho internacional, y que el tercer informe se dedicara a la identificación de los principios generales del derecho. El Relator Especial indicó su flexibilidad en cuanto al orden en que debían abordarse esos aspectos del tema y dijo que desearía conocer la opinión de los miembros de la Comisión al respecto.

## 2. Resumen del debate

### a) Observaciones generales

225. Los miembros acogieron con satisfacción el primer informe del Relator Especial y observaron con reconocimiento que estaba bien estructurado y era fruto de una investigación rigurosa. Se señaló el carácter “preliminar e introductorio” del informe. Algunos miembros indicaron que sus observaciones también eran preliminares hasta que la Comisión tuviera la oportunidad de avanzar en su labor. Se convino en que, en el curso de la futura labor sobre el tema, habría que seguir abordando y matizando una serie de cuestiones, en particular en relación con el alcance del tema, así como con los elementos y los orígenes de los principios generales del derecho y su identificación.

226. Con respecto a la terminología que iba a utilizarse en español y francés, algunos miembros opinaron que, en el título del tema y en la documentación de la Comisión, era importante no apartarse de la terminología precisa del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

227. Varios miembros estuvieron de acuerdo en que el tema era relevante no solo porque los principios generales del derecho eran esenciales en el contexto judicial, sino también porque eran de aplicación general entre los Estados. No obstante, se dijo que, si bien era importante que la Comisión examinara el tema, los principios generales del derecho, en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, no desempeñaban un papel muy importante en la práctica.

#### i) Alcance y resultado del tema

228. Varios miembros subrayaron que el alcance del tema era el de los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional. Hubo quien se mostró partidario de circunscribir dicho alcance a los principios generales del derecho en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, si bien sin limitarse a su aplicación por la Corte y teniendo presente la práctica de los Estados y de las cortes y tribunales internacionales. Algunos miembros sugirieron que la Comisión considerara la posibilidad de revisar el título del tema para dejar claro su alcance.

229. Varios miembros estuvieron de acuerdo en que la Comisión no debía entrar en el fondo de los principios generales del derecho, aunque podía ofrecer ejemplos ilustrativos. Algunos propusieron que se preparara una lista ilustrativa de principios generales del derecho y que se incluyera como anexo, mientras que otros subrayaron que sería un ejercicio incompleto que podía distraer la atención de las cuestiones fundamentales. Diversos miembros consideraron que en los comentarios podían incluirse ejemplos ilustrativos de principios generales del derecho, junto con todo el material pertinente.

230. En general, los miembros estuvieron de acuerdo con las cuestiones expuestas en el primer informe del Relator Especial para ser examinadas por la Comisión, a saber: i) la naturaleza jurídica de los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional, ii) los orígenes de los principios generales del derecho, iii) las funciones de los principios generales del derecho y su relación con otras fuentes del derecho internacional, y iv) la identificación de los principios generales del derecho. No obstante, algunos miembros expresaron dudas sobre el orden propuesto para abordar esas cuestiones.

231. Con respecto a la naturaleza jurídica de los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional, los miembros convinieron en que el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia constituía una declaración autorizada en ese sentido, que además se veía corroborada en la práctica de los Estados y las cortes y tribunales internacionales. Un miembro de la Comisión cuestionó el significado del término “fuente” y el hecho de que incluyera las fuentes oficiales, las fuentes materiales, las fuentes judiciales, las fuentes históricas y las fuentes literarias, mientras que otros miembros consideraron que la interpretación común de este término era lo suficientemente clara como para que la Comisión pudiera seguir avanzando en su labor, que es la forma en que entraba en vigor una norma o un principio jurídico. Varios miembros observaron que los principios generales del derecho habían de gozar de autonomía respecto de las demás fuentes. Si bien se señaló que no había jerarquía en las fuentes del derecho internacional, algunos miembros subrayaron que, en la práctica, los principios generales del derecho contribuían a llenar lagunas. Se dijo que los principios generales del derecho eran una fuente secundaria del derecho internacional, que desempeñaba un papel “auxiliar”. No obstante, algunos miembros indicaron que la Comisión debía evitar describir los principios generales del derecho como auxiliares y que el término “suplementario” ofrecía una descripción más apropiada.

232. Con respecto a las funciones de los principios generales del derecho y su relación con otras fuentes de derecho internacional, los miembros estuvieron de acuerdo con el Relator Especial en que esta cuestión requería un examen detenido. En general, los miembros respaldaron la conclusión del Relator Especial de que los trabajos preparatorios del artículo 38 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional sugerían que la inclusión de los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional obedecía a la preocupación de evitar conclusiones de *non liquet*, y que la finalidad de los elementos incluidos en este artículo era limitar la discrecionalidad judicial en la determinación del derecho internacional. Algunos miembros indicaron que los principios generales del derecho podían tener otras funciones, como la de instrumento interpretativo, y que servían como fuente de derechos y obligaciones. Hubo miembros que expresaron dudas sobre si debía abordarse el significado de *non liquet* y su prohibición en derecho internacional, ya que quedaba fuera del ámbito del tema.

233. Los miembros convinieron en que la distinción entre los principios generales del derecho y el derecho internacional consuetudinario sería importante para el tema. En concreto, algunos miembros señalaron que, si esa distinción no se explicaba claramente, podía haber confusiones entre estas dos fuentes del derecho internacional. Hubo quienes sugirieron que estas dos fuentes podían distinguirse, por ejemplo, por cómo se formaban y las condiciones que tenían que cumplir para culminar ese proceso. Se dijo que, a veces, tal vez fuera difícil diferenciar los principios generales del derecho del derecho internacional consuetudinario. Algunos miembros indicaron que sería importante que la Comisión examinara no solo la relación de los principios generales del derecho con los tratados y el derecho internacional consuetudinario, sino también con la equidad. Además, se sugirió que se examinaran también los principios generales del derecho y los principios que regulan las diversas ramas del derecho internacional.

234. Los miembros convinieron en general en que el proyecto de conclusiones sería un formato adecuado para el resultado del tema. No obstante, hubo quien opinó que los proyectos de directriz o de artículo resultarían más apropiados. También se dijo que la Comisión debía estar abierta a otras opciones y tomar esa determinación en una etapa posterior.

ii) *Metodología*

235. En líneas generales, los miembros estuvieron de acuerdo con la metodología propuesta por el Relator Especial y reiteraron la importancia de adoptar un enfoque prudente. Algunos indicaron que, si bien la práctica de los Estados y la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales eran un buen punto de partida, como había propuesto el Relator Especial, la jurisprudencia de las cortes y tribunales nacionales, el trabajo de las organizaciones internacionales y la bibliografía serían asimismo relevantes. Se dijo que también debía prestarse atención a las entidades regionales, como el Comité Jurídico Interamericano y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se sugirió que sería pertinente examinar instrumentos jurídicos de carácter no vinculante.

236. Se dijo que la Comisión no debía tratar de resolver debates teóricos, sino de ofrecer soluciones prácticas. También se señaló que la Comisión debía ser transparente si la práctica de los Estados era insuficiente y que resultaría difícil recabar información a escala mundial en relación con este tema para analizar los principales ordenamientos jurídicos. Asimismo, los miembros estuvieron de acuerdo con el Relator Especial en cuanto a la imprecisión de la formulación empleada en trabajos y publicaciones anteriores. Algunos sugirieron que la Comisión podía necesitar cierto grado de flexibilidad para conciliar las especificidades de los numerosos ámbitos del derecho internacional a los que afectaba este tema.

b) **Labor anterior de la Comisión y evolución de los principios generales del derecho a lo largo del tiempo**

237. Los miembros celebraron el análisis de los antecedentes históricos que había hecho el Relator Especial. En particular, se subrayó que, históricamente, los principios generales del derecho se derivaban en gran medida de los sistemas jurídicos nacionales y del derecho romano, y que solo eran aplicables cuando una cuestión concreta no estaba regulada por otras fuentes del derecho. Varios miembros observaron que los trabajos preparatorios del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional debían considerarse en ese contexto, ya que, en el momento de la aprobación del Estatuto, el derecho internacional no regulaba las cuestiones que se planteaban en muchos ámbitos y los principios generales del derecho tenían por objeto ofrecer al juez una alternativa a una conclusión de *non liquet*. Se señaló que, en el informe, podía haberse considerado el vínculo entre los principios generales del derecho y el *ius commune* europeo y que esos antecedentes históricos podían ayudar a la Comisión a hacerse una idea de lo que se entendía por principios generales del derecho.

238. Varios miembros observaron que era necesario proceder con cautela al caracterizar la labor anterior de la Comisión. Además, algunos cuestionaron la utilidad de revisar las referencias a los principios generales del derecho en regímenes convencionales específicos, mientras que otros apoyaron la idea. Varios miembros preguntaron por qué no se había mencionado en el informe la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

c) **Elementos de los principios generales del derecho**

239. Los miembros estuvieron de acuerdo en general con el enfoque del Relator Especial de examinar por separado los tres elementos del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Varios miembros destacaron la distinción entre “principios generales del derecho” y “principios generales del derecho internacional” y subrayaron que tenía que abordarse la relación entre ambos. Además, algunos miembros señalaron que los términos “generales” y “principios” requerirían un análisis exhaustivo. A este respecto, varios miembros apoyaron la sugerencia del Relator Especial de examinar detenidamente la distinción entre “principio” y “norma”. Recibió cierto apoyo la explicación del Relator Especial sobre la naturaleza “general” y “fundamental” de un principio, aunque se cuestionó el significado específico de estos términos. Otros miembros indicaron que no todos los principios generales del derecho presentaban necesariamente esas características, como mencionaba el informe y ponía de manifiesto la práctica existente.

240. A algunos miembros les pareció bien la posibilidad de abordar los principios generales del derecho “regionales” o “bilaterales”, mientras que otros expresaron dudas sobre si resultaría adecuado, y algunos sugirieron que era prematuro que la Comisión examinara esa cuestión en una etapa tan temprana. En particular, se subrayó que no se inscribían en el ámbito del tema y se afirmó que el término “generales” del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia implicaba la aplicabilidad de los principios generales del derecho a “todos los Estados”, y excluía los principios generales del derecho “regionales” o “bilaterales”. Algunos miembros sugirieron que la Comisión volviera a ocuparse de esta cuestión cuando su labor estuviera más avanzada, tras un estudio más a fondo. Por último, varios miembros opinaron que el término “derecho” también merecía un examen más detenido, por ejemplo, para determinar si abarcaba tanto el derecho nacional como el internacional.

241. Los miembros estuvieron de acuerdo en general en que el elemento del “reconocimiento” era esencial para la identificación de los principios generales del derecho y respaldaron la sugerencia del Relator Especial de estudiar más a fondo ese requisito específico en un futuro informe. Se destacó la delimitación entre el reconocimiento, como requisito para los principios generales del derecho, y la aceptación como derecho, en tanto que elemento del derecho internacional consuetudinario. Algunos miembros dejaron claro, además, que no consideraban que el requisito del “reconocimiento” fuera similar al elemento de la “aceptación como derecho”, relevante en el contexto del derecho internacional consuetudinario.

242. Asimismo, recibió apoyo, en general, el análisis en dos etapas propuesto por el Relator Especial en relación con el reconocimiento de los principios generales del derecho derivados de los sistemas jurídicos nacionales: i) la identificación de un principio común a un número suficientemente amplio de sistemas jurídicos nacionales, y ii) la determinación de si ese principio era aplicable en el sistema jurídico internacional. Varios miembros coincidieron en que ese análisis en dos etapas y cada uno de sus elementos debían examinarse detenidamente. Se plantearon varias cuestiones al respecto, como, por ejemplo, si el mismo reconocimiento se aplicaría a las dos categorías de principios generales del derecho propuestas por el Relator Especial; el nivel o grado de reconocimiento necesario y, en particular, el significado de un número “suficientemente amplio”; de quién se requería el reconocimiento; el papel de los Estados en la etapa de transposición; el papel de las organizaciones internacionales, en caso de que tuvieran que desempeñar alguno; y si el término “transponibilidad” era más preciso que “transposición”.

243. En general, hubo acuerdo en que el término “naciones civilizadas” era inapropiado, había quedado obsoleto y no debía emplearse en el contexto del presente proyecto de conclusiones. Algunos miembros apoyaron la propuesta del Relator Especial de referirse, en su lugar, a los “Estados”, mientras que otros advirtieron de que este término podía no incluir a todos los actores que participaban en la formación de los principios generales del derecho, como las organizaciones internacionales. Hubo miembros que opinaron que el término “naciones” debía debatirse más a fondo. Se sugirió que, en la versión en inglés, se utilizara el término “*community of nations*”, que figuraba en el artículo 15, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “*the general principles of law recognized by the community of nations*”.

**d) Los orígenes de los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional**

244. Varios miembros estuvieron de acuerdo con las dos categorías de principios generales del derecho que había propuesto el Relator Especial atendiendo al origen de estos —a saber, los principios derivados de los sistemas jurídicos nacionales y los formados en el sistema jurídico internacional—, por considerar que había suficiente práctica para apoyarlas. Algunos miembros opinaron que la diferencia entre los principios generales de carácter procesal y los de carácter sustantivo era importante a la hora de clasificar los principios generales de derecho y debía examinarse más a fondo. Si bien se indicó que no debían descartarse otras categorías, varios miembros advirtieron del riesgo de que estas proliferasen.

245. No obstante, algunos miembros sugirieron que no se considerara la categoría de principios generales formados en el sistema jurídico internacional, ya que la práctica de los Estados no era suficiente para respaldarla. Hubo quien consideró que esta categoría era discutible y que debería actuarse con prudencia al examinarla y establecer sus límites. Se observó que una dificultad añadida sería fijar los límites entre esa categoría, que podía dar lugar a una discrecionalidad judicial excesiva y subjetiva y socavar los requisitos para la formación del derecho internacional consuetudinario. Se consideró que esa categoría no debía descartarse ni restringirse excesivamente; la preocupación principal era que la condición previa para su formación fuera suficientemente rigurosa. Por último, algunos miembros dijeron que no debía hacerse una distinción estricta entre los sistemas jurídicos nacionales y el sistema jurídico internacional al determinar los orígenes de los principios generales del derecho, ya que estos últimos podían derivarse indistintamente de cualquiera de los dos sistemas.

**e) Observaciones sobre los proyectos de conclusión propuestos en el primer informe**

246. Se formularon diversas propuestas de redacción relativas a los proyectos de conclusión 1, 2 y 3. Varios miembros sugirieron que los proyectos de conclusión 2 y 3 permanecieran en el Comité de Redacción hasta que la Comisión hubiera tenido ocasión de examinar otras cuestiones pertinentes que pudieran influir en su formulación.

**f) Programa de trabajo futuro**

247. Los miembros apoyaron en general la propuesta del Relator Especial de ocuparse de las funciones de los principios generales del derecho y su relación con otras fuentes del derecho en su segundo informe y de la cuestión de la identificación de los principios generales del derecho en su tercer informe. Algunos miembros sugirieron que el Relator Especial invirtiera el orden propuesto y empezara por la cuestión de la identificación de los principios generales del derecho internacional, en concreto por el umbral para el reconocimiento y los criterios para la transponibilidad o la transposición al sistema jurídico internacional de los principios comunes a los sistemas jurídicos nacionales. Hubo miembros que sugirieron que el Relator Especial propusiera una definición de principios generales del derecho. También se sugirió que el Relator Especial abordara en primer lugar la categoría más generalmente aceptada de principios generales del derecho, a saber, los derivados de los sistemas jurídicos nacionales, antes que la de los principios generales del derecho formados en el sistema jurídico internacional, y que tratara conjuntamente tanto la función como el reconocimiento.

**3. Observaciones finales del Relator Especial**

248. El Relator Especial celebró el interés que había despertado el tema entre los miembros de la Comisión y señaló que en el debate se había puesto de manifiesto que, a pesar de los diferentes puntos de vista sobre determinados aspectos complejos, había aspectos fundamentales sobre los que existía acuerdo general. Por ejemplo, hubo consenso sobre las cuestiones que debía examinar la Comisión, a saber: 1) la naturaleza jurídica de los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional; 2) los orígenes de los principios generales del derecho y las categorías correspondientes; 3) las funciones de los principios generales del derecho y su relación con otras fuentes del derecho internacional (en particular el derecho internacional consuetudinario), y 4) la identificación de los principios generales del derecho.

249. Además, el Relator Especial puso de manifiesto el consenso general sobre el resultado final de la labor de la Comisión, que debería adoptar la forma de conclusiones acompañadas de comentarios, ya que el objetivo del tema era aclarar diversos aspectos de una de las principales fuentes del derecho internacional y ese resultado era coherente con la labor anterior de la Comisión.

250. El Relator Especial observó también que, aunque el título actual del tema no había sido objeto de ninguna observación por parte de los Estados en la Sexta Comisión, algunos miembros de la Comisión habían formulado propuestas para modificarlo. Señaló que, en su

opinión, esas propuestas no eran necesarias y no reflejarían con exactitud el alcance del tema.

251. El Relator Especial observó además el consenso general sobre el alcance del tema y subrayó que no era necesario que la Comisión celebrara un debate teórico sobre el significado del término “fuentes”. Añadió que la Comisión había estado trabajando desde su creación sobre las fuentes del derecho internacional y que el entendimiento común era que ese trabajo guardaba relación con las “fuentes formales”, lo que remitía a la relación con el proceso jurídico y la forma en que surgía una norma o principio. El texto del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia era claro en el sentido de que los principios generales del derecho constituían una fuente del derecho internacional distinta de los tratados y del derecho internacional consuetudinario, lo que habían confirmado la práctica de los Estados y las cortes y tribunales internacionales. El Relator Especial subrayó que en el comentario se aclararía que los principios generales del derecho se estaban examinando en el contexto del Artículo 38, párrafo 1 c), y que, por consiguiente, no sería necesario, al menos en esta etapa, redactar una definición de los principios generales del derecho, como habían sugerido algunos miembros.

252. El Relator Especial observó que había consenso general en que el punto de partida para iniciar el examen era el Artículo 38, apartado 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, analizado a la luz de la práctica de los Estados y de la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales. Afirmó que las preocupaciones planteadas por algunos miembros acerca de la escasez de práctica de los Estados en relación con determinados aspectos específicos del tema no debían impedir el avance de este tema. Señaló que los alegatos escritos y orales presentados por los Estados ante las cortes y tribunales internacionales serían pertinentes en la medida en que se pudiera identificar un enfoque común. Además, el hecho de que la Comisión estuviera examinando el tema podría estimular a los Estados, en la Sexta Comisión, a pronunciarse sobre esas cuestiones. Según el Relator Especial, un análisis en profundidad de la práctica general podría dar indicaciones de cómo entendían los Estados, incluso de manera implícita, los aspectos más específicos del tema y, en todo caso, la Comisión debía continuar su trabajo con un enfoque cuidadoso y transparente. En este contexto, el Relator Especial destacó que debía tenerse en cuenta el sistema interamericano, así como toda la práctica pertinente de las demás regiones.

253. El Relator Especial observó que algunos miembros eran partidarios de que se incluyeran principios generales de alcance regional o bilateral, mientras que otros expresaron dudas sobre su existencia o su pertinencia para el presente tema. Subrayó que esos principios generales del derecho no debían descartarse en una etapa tan temprana. El Relator Especial también se refirió a las inquietudes en relación con la relevancia de los instrumentos internacionales, aparte del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que parecían referirse a los principios generales del derecho, como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En su opinión, habría que examinar esos instrumentos para determinar si eran o no relevantes, ya que, de lo contrario, podía haber lagunas en el estudio del tema. En cuanto a la práctica de las organizaciones internacionales, el Relator Especial indicó que se debía seguir examinando su pertinencia.

254. El Relator Especial consideró que preparar una lista ilustrativa de principios generales del derecho sería un ejercicio poco práctico, necesariamente incompleto y distraería de los aspectos centrales del tema. Señaló que en los comentarios debían figurar ejemplos concretos de principios generales del derecho, pero que la Comisión no debía adoptar una posición en relación con el fondo. Además, manifestó su voluntad de presentar una bibliografía preliminar para incluirla como anexo en uno de sus futuros informes. Asimismo, el Relator Especial señaló que la posible función de las cortes y tribunales internacionales en la formación o identificación de los principios generales del derecho debía analizarse en el entendimiento de que esas decisiones eran un medio auxiliar para la determinación de normas de derecho, según lo previsto en el Artículo 38, párrafo 1 d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

255. El Relator Especial observó que la mayoría de los miembros estaban de acuerdo, al menos inicialmente, en que los principios generales del derecho tenían carácter suplementario y en que su función principal era llenar vacíos o lagunas del derecho



internacional o evitar conclusiones de *non liquet*. También se refirió a la posición de otros miembros que consideraban que, al no haber jerarquía entre las fuentes del derecho internacional, se podía dar prioridad a los tratados y al derecho internacional consuetudinario atendiendo a los principios de *lex specialis* y *lex posterior*.

256. El Relator Especial señaló asimismo que había consenso sobre la necesidad de examinar la relación entre los principios generales del derecho y otras fuentes del derecho internacional, en particular el derecho internacional consuetudinario. Subrayó la necesidad de diferenciar cuidadosa y claramente los principios generales del derecho de las demás fuentes, e indicó que en futuros informes trataría esta cuestión de manera rigurosa. Por otra parte, hizo hincapié en que, con respecto al concepto de “derecho internacional general”, los miembros de la Comisión estaban esencialmente de acuerdo en que los principios generales del derecho formaban parte del derecho internacional general.

257. Además, el Relator Especial observó que, según algunos miembros, había, o debía haber, una distinción entre “principios” y “normas”, y que la mayoría de los miembros se había centrado en la cuestión de si la expresión “principios generales del derecho” indicaba algo acerca de las características, funciones, orígenes u otros aspectos de esta fuente del derecho internacional. También señaló que algunos miembros habían planteado dudas sobre si tales principios podían considerarse más “generales” y “fundamentales” que otras normas. Asimismo, indicó que, según ciertos miembros, cabía interpretar, que el término “derecho” hacía referencia, o no, al derecho nacional y al derecho internacional. En ese contexto, el Relator Especial insistió en que, en la presente etapa, no podía excluirse que el término “principios generales del derecho” fuera simplemente un término utilizado para denominar esta fuente del derecho internacional, y que, por esa razón, tal vez no fuera necesario dar un significado específico a cada palabra. Añadió que, en cualquier caso, esa cuestión quedaría aclarada tras el estudio de la identificación de los principios generales del derecho.

258. El Relator Especial afirmó que la Comisión había sido unánime al considerar que el reconocimiento era la condición esencial para la existencia de los principios generales del derecho y que ese sería un aspecto central del tema. El grado de reconocimiento requerido, así como las formas específicas que podía adoptar el reconocimiento para cada una de las categorías de principios generales del derecho, eran cuestiones que debían examinarse con más detenimiento. El Relator Especial hizo hincapié en la importancia de seguir procediendo con cautela y en el hecho de que, en los criterios para determinar la existencia de principios generales del derecho, debía alcanzarse un equilibrio adecuado entre la flexibilidad —para que su identificación no fuera una tarea imposible— y el rigor —para evitar el riesgo de que se utilizasen como atajo para identificar normas de derecho internacional, lo cual podría socavar otras fuentes.

259. El Relator Especial observó que también había habido consenso en que el término “naciones civilizadas” resultaba anacrónico y debía evitarse, teniendo en cuenta del principio de igualdad soberana de los Estados. La cuestión principal era qué término alternativo había que utilizar. El Relator Especial estuvo de acuerdo con la sugerencia formulada en el debate de que, posiblemente, la mejor formulación, en la versión en inglés, podría ser el término “*community of nations*”, que figuraba en el párrafo 2 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

260. El Relator Especial subrayó que, aparte de las dos categorías propuestas en el primer informe, que se apoyaban en la práctica y la doctrina, la Comisión debía evitar una proliferación innecesaria de categorías de principios generales del derecho. También afirmó que la posible distinción entre principios generales sustantivos y principios generales procesales no necesariamente entraba dentro del alcance del tema, y que esos dos tipos de principios generales del derecho, como se había sugerido en el debate, podían tener su origen tanto en los sistemas jurídicos nacionales como en el sistema jurídico internacional.

261. El Relator Especial destacó que los miembros de la Comisión habían aceptado unánimemente la categoría de los principios generales del derecho derivados de los sistemas jurídicos nacionales y que habían convenido en que la identificación de esta categoría debía seguir un análisis en dos etapas. En primer lugar, la identificación de un principio en el ámbito nacional y, en segundo lugar, su transponibilidad o transposición al

ámbito internacional. Este análisis, que incluía la forma en que se expresaba el reconocimiento, el grado de reconocimiento que se requería y el método para identificar esa categoría, se expondría en un futuro informe. El Relator Especial observó que había habido menos consenso entre los miembros acerca de la segunda categoría de principios generales del derecho, a saber, los que se formaban en el sistema jurídico internacional. Varios miembros habían respaldado esta categoría de principios generales del derecho, al considerar que la práctica en que se basaban era suficiente, mientras que otros habían cuestionado su existencia. El Relator Especial indicó que estos últimos habían estimado que no había práctica suficiente para demostrar la existencia de esta categoría de principios generales del derecho y que tal vez las formas de reconocimiento de esta segunda categoría fueran excesivamente flexibles. No obstante, el Relator Especial observó que esos miembros no habían descartado totalmente la posible existencia de esta segunda categoría y habían sugerido que se estudiara más a fondo la cuestión.

262. El Relator Especial indicó que en su siguiente informe tendría en cuenta las sugerencias formuladas por los miembros de la Comisión para seguir ocupándose del requisito del reconocimiento y la identificación de los principios generales del derecho. Además, subrayó que un estudio de la Secretaría sobre determinados aspectos del presente tema contribuiría a la labor de la Comisión, al igual que un cuestionario que iba a distribuirse entre los Estados para solicitar información sobre la práctica nacional en relación con los principios generales del derecho, en el sentido del Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

## Capítulo X

### La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional

#### A. Introducción

263. En su 70º período de sesiones (2018), la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo a largo plazo el tema “La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional”<sup>1485</sup>.

264. En su resolución 73/265, de 22 de diciembre de 2018, la Asamblea General tomó nota de la inclusión del tema en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión y, a ese respecto, exhortó a la Comisión a que tomara en consideración los comentarios, inquietudes y observaciones expresados por los Gobiernos en los debates de la Sexta Comisión.

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

265. En su 3467ª sesión, celebrada el 21 de mayo de 2019, la Comisión decidió incluir el tema en su programa de trabajo. La Comisión también decidió establecer un Grupo de Estudio de composición abierta sobre el tema, copresidido, de manera rotatoria, por el Sr. Bogdan Aurescu, el Sr. Yacouba Cissé, la Sra. Patrícia Galvão Teles, la Sra. Nilüfer Oral y el Sr. Juan José Ruda Santolaria.

266. En su 3480ª sesión, celebrada el 15 de julio de 2019, la Comisión tomó nota del informe oral conjunto de los copresidentes del Grupo de Estudio.

267. El Grupo de Estudio, copresidido por la Sra. Patrícia Galvão Teles y la Sra. Nilüfer Oral, se reunió el 6 de junio de 2019. El Grupo examinó un documento oficioso sobre la organización de su labor, que incluía un plan de trabajo para el período comprendido entre 2019 y 2021. Las deliberaciones del Grupo de Estudio se centraron en su composición, su propuesta de calendario y de programa de trabajo y sus métodos de trabajo.

268. En cuanto a la composición, hubo consenso en establecer un Grupo de Estudio integrado por miembros de la Comisión y abierto a la participación de todos ellos. Dado que cada año se pediría a los miembros que desearan participar en el Grupo que se inscribiesen en una lista, la composición de este podría variar de un año a otro.

269. Con respecto al programa de trabajo, se esperaba que en los dos próximos años el Grupo de Estudio se ocupase de los tres subtemas que figuraban en la sinopsis preparada en 2018<sup>1486</sup>, a saber: cuestiones relacionadas con el derecho del mar, en 2020, bajo la copresidencia del Sr. Bogdan Aurescu y la Sra. Nilüfer Oral; y cuestiones relacionadas con la condición de Estado y cuestiones relacionadas con la protección de las personas afectadas por la elevación del nivel del mar, en 2021, bajo la copresidencia de la Sra. Patrícia Galvão Teles y el Sr. Juan José Ruda Santolaria. Los miembros del Grupo de Estudio manifestaron su apoyo a este enfoque. También se señaló que el programa de trabajo del Grupo de Estudio que se había propuesto podría requerir ajustes, dada la complejidad de las cuestiones que iban a examinarse.

270. En cuanto a los métodos de trabajo, se preveía que se celebrasen aproximadamente cinco reuniones del Grupo de Estudio en cada período de sesiones. Se acordó que, antes de cada período de sesiones, los copresidentes prepararían un documento temático. El documento temático se editaría, traduciría y distribuiría como documento oficial a fin de que sirviera de base para el debate y para la contribución anual de los miembros del Grupo de Estudio. También serviría de base para los informes posteriores del Grupo de Estudio

<sup>1485</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/73/10)*, párr. 369.

<sup>1486</sup> *Ibid.*, anexo B.

sobre cada subtema. Después se invitaría a los miembros del Grupo de Estudio a que presentasen documentos con comentarios o información complementaria en relación con el documento temático elaborado por los copresidentes (en los que se abordase, por ejemplo, la práctica regional, la jurisprudencia o cualquier otro aspecto del subtema). Más adelante se formularían recomendaciones sobre la forma que revestiría el resultado de la labor del Grupo de Estudio.

271. Al final de cada período de sesiones de la Comisión, la labor del Grupo de Estudio se reflejaría en un informe sustantivo, en el que se tendrían debidamente en cuenta tanto el documento temático elaborado por los copresidentes como los documentos conexos presentados por los miembros y se resumirán las deliberaciones del Grupo de Estudio. Ese informe sería aprobado por el Grupo de Estudio y posteriormente presentado por los copresidentes a la Comisión, de modo que pudiera incluirse un resumen al respecto en el informe anual de la Comisión.

272. El Grupo de Estudio recomendó también que la Comisión invitase a los Estados a que formularan observaciones sobre las cuestiones específicas indicadas en el capítulo III del informe de la Comisión. El Grupo examinó asimismo la posibilidad de solicitar a la Secretaría que elaborase un estudio. Se seguirían teniendo en cuenta los conocimientos aportados por expertos técnicos y científicos, posiblemente mediante la organización de eventos paralelos durante los próximos períodos de sesiones de la Comisión.

273. Por último, con la asistencia de la Secretaría, el Grupo de Estudio mantendría informada a la Comisión de la documentación que se publicase sobre el tema y de las reuniones o eventos que se organizaran al respecto en los próximos dos años.

## Capítulo XI

### Otras decisiones y conclusiones de la Comisión

#### A. Aplicación provisional de los tratados

274. En la 3495ª sesión de la Comisión, celebrada el 31 de julio de 2019, el Relator Especial para el tema “Aplicación provisional de los tratados”, Sr. Juan Manuel Gómez Robledo, presentó un informe oral sobre las consultas oficiosas celebradas los días 10 y 18 de julio de 2019 para examinar el proyecto de cláusulas modelo sobre la aplicación provisional de los tratados.

275. El Relator Especial recordó que, cuando aprobó en primera lectura el proyecto de Guía para la Aplicación Provisional de los Tratados, en su 70º período de sesiones, en 2018, la Comisión también tomó nota de la recomendación del Comité de Redacción de que se hiciera referencia en los comentarios a la posibilidad de incluir, en la segunda lectura, un proyecto de cláusulas modelo, sobre la base de una propuesta revisada que el Relator Especial haría en el momento oportuno, teniendo en cuenta las observaciones y sugerencias formuladas en el debate en sesión plenaria y en el Comité de Redacción<sup>1487</sup>. Esa referencia se incluyó posteriormente en el párrafo 7) del comentario general<sup>1488</sup>, en el que se explicó que, al elaborar un proyecto de cláusulas modelo para incluirlo como anexo a la Guía, la Comisión trataría de reflejar las mejores prácticas respecto de la aplicación provisional de los tratados, tanto bilaterales como multilaterales. También se aclaró que la intención no era en modo alguno limitar el carácter flexible y voluntario de la aplicación provisional de los tratados, y que tampoco se pretendía recoger todas las situaciones que pudieran surgir.

276. El Relator Especial recordó además que la Comisión, en su informe sobre la labor realizada en su 70º período de sesiones, había indicado su intención de reanudar el examen del proyecto de cláusulas modelo en el actual período de sesiones a fin de que los Estados y las organizaciones internacionales pudieran evaluar el anexo con dichas cláusulas modelo antes de que tuviera lugar la segunda lectura del proyecto de directrices en el 72º período de sesiones<sup>1489</sup>.

277. El Relator Especial señaló a la atención de la Comisión el hecho de que 41 delegaciones, incluida la de la Unión Europea, que habló en nombre de sus 28 Estados miembros y de otros Estados, habían expresado sus puntos de vista en el debate sobre el tema en la Sexta Comisión durante el septuagésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General, que tuvo lugar en 2018. En ese debate, muchas delegaciones habían tomado nota con reconocimiento de la propuesta del Relator Especial de incluir un proyecto de cláusulas modelo como anexo de la Guía, y varias delegaciones habían observado que la inclusión de un proyecto de cláusulas modelo proporcionaría asistencia práctica y orientación a los Estados a la hora de redactar disposiciones de tratados. Al mismo tiempo, algunas delegaciones habían lamentado que la Comisión no hubiera podido concluir su examen del proyecto de cláusulas modelo en la primera lectura y expresaron la esperanza de que fuera posible examinarlo antes de que comenzase la segunda lectura.

278. Teniendo presentes la decisión adoptada por la Comisión en 2018 y las opiniones de los Gobiernos, el Relator Especial distribuyó un documento oficioso con un proyecto revisado de cláusulas modelo, que luego sirvió de base para el debate en las consultas oficiosas que tuvieron lugar en el actual período de sesiones. El Relator señaló que su propuesta revisada del proyecto de cláusulas modelo se basaba en los siguientes entendimientos:

<sup>1487</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/73/10)*, párr. 85.

<sup>1488</sup> *Ibid.*, párr. 90.

<sup>1489</sup> *Ibid.*, párr. 85, nota 1008.

a) el proyecto de cláusulas modelo debía tener por objeto recoger las cuestiones más habituales que se planteaban a los Estados y las organizaciones internacionales que tenían la intención de recurrir a la aplicación provisional;

b) el proyecto de cláusulas modelo no debía pretender abarcar todas las situaciones que pudieran surgir;

c) debía prestarse especial atención para evitar que el proyecto de cláusulas modelo se solapase con las directrices que figuraban en la Guía para la Aplicación Provisional de los Tratados, y

d) el proyecto de cláusulas modelo debía ir acompañado, como referencia, de ejemplos de cláusulas recogidas en tratados existentes.

279. Además, en opinión del Relator Especial, el proyecto de cláusulas modelo debía prever al menos las siguientes situaciones:

a) La aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado en el propio tratado o en un acuerdo distinto;

b) Los supuestos más habituales de terminación de la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado;

c) La posibilidad de optar por aplicar provisionalmente un tratado o una parte de un tratado, o de optar por no aplicar provisionalmente un tratado o una parte de un tratado en relación con el Estado o la organización internacional de que se tratase, en particular cuando la decisión de recurrir a la aplicación provisional se adoptase mediante:

i) Una resolución, aprobada por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental, con la que el Estado o la organización internacional de que se tratase no estuviese de acuerdo; o

ii) Una declaración de un Estado o de una organización internacional que no fuera parte negociadora en el tratado, y

d) Limitaciones derivadas del derecho interno de los Estados o de las reglas de las organizaciones internacionales.

280. Asimismo, como había explicado el Relator Especial en su quinto informe<sup>1490</sup>, presentado en 2018, el único propósito del proyecto de cláusulas modelo era poner de manifiesto algunas de las cuestiones jurídicas más habituales que se planteaban en caso de acordarse la aplicación provisional de un tratado. Por ello, contenía elementos que reflejaban la práctica más claramente establecida de los Estados y de las organizaciones internacionales y evitaba otros elementos que no estaban reflejados en la práctica o que eran poco claros o jurídicamente imprecisos. Aun cuando ninguna de las formulaciones propuestas recogiera citas textuales de ningún tratado existente, el proyecto de cláusulas modelo incluía notas a pie de página con ejemplos de cláusulas de aplicación provisional contenidas en tratados que se referían en general a la misma cuestión abordada en el proyecto de cláusula modelo en cuestión, sin bien los ejemplos no eran, en modo alguno, exhaustivos.

281. Durante las consultas oficiosas, los miembros apoyaron en general la propuesta de incluir un proyecto de cláusulas modelo como anexo de la Guía para la Aplicación Provisional de los Tratados, para su aprobación en segunda lectura el año siguiente. Se hicieron varias sugerencias sobre el enfoque que había que adoptar respecto de las cláusulas modelo, así como sobre la redacción del proyecto de estas. Por ejemplo, se dijo que la Comisión debía explicar detenidamente que no eran necesariamente definitivas, sino que simplemente tenían por objeto servir de base para que los Estados negociaran ese tipo de cláusulas en sus tratados. También se sugirió que, en el texto del proyecto de cláusulas modelo, se hiciera una distinción más clara entre tratados bilaterales y multilaterales. Asimismo, recibió apoyo la inclusión de los proyectos de cláusula modelo 4 y 5, relativos, respectivamente, a la cuestión de la exclusión facultativa de la aplicación provisional en razón una resolución de una organización internacional y a las limitaciones derivadas del

<sup>1490</sup> A/CN.4/718, párrs. 75 a 77, y Add.1.

derecho interno de los Estados o de las reglas de las organizaciones internacionales. Habría que incluir, ciertamente, explicaciones claras en el comentario correspondiente.

282. También se expresó en las consultas officiosas preocupación por que la inclusión de un proyecto de cláusulas modelo pudiera interpretarse en el sentido de que la Comisión alentaba a los Estados a recurrir a la aplicación provisional. A juicio del Relator Especial, esa preocupación venía estando desde el comienzo mismo de los trabajos sobre el tema. El mero hecho de aclarar las normas aplicables podía entenderse como una forma de facilitar la aplicación provisional de los tratados. No obstante, esa no era necesariamente la única interpretación posible. Se recordó que ya había abundante práctica de Estados que recurrían a la aplicación provisional incluso antes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969<sup>1491</sup>, y en especial desde la aprobación del artículo 25 de esa Convención. La Comisión había decidido abordar el tema para prestar un servicio a los Estados Miembros tratando de aclarar el marco jurídico para la aplicación provisional, así como algunas de las consecuencias jurídicas de dicha aplicación. En todo momento se había insistido en el carácter facultativo y voluntario de la aplicación provisional. El proyecto de cláusulas modelo simplemente tendría por objeto facilitar la labor de redacción en las situaciones en que las partes negociadoras decidieran recurrir al mecanismo de la aplicación provisional.

283. El Relator Especial propuso que la Comisión adjuntara su versión revisada del proyecto de cláusulas modelo en un anexo a su informe anual a la Asamblea General, con la solicitud de que los Gobiernos también las tuvieran en cuenta al preparar sus comentarios y observaciones acerca de la Guía para la Aplicación Provisional de los Tratados aprobada en primera lectura. Sobre la base de las opiniones expresadas por los miembros de la Comisión durante las consultas officiosas y de las observaciones recibidas de los Gobiernos, el Relator Especial incluiría una nueva versión revisada del proyecto de cláusulas modelo en su informe final, para su examen en el 72º período de sesiones de la Comisión.

284. En la misma 3495ª sesión, la Comisión tomó nota del informe oral y decidió adjuntar el proyecto de cláusulas modelo propuesto en un anexo del informe de la Comisión a la Asamblea General, con miras a recabar observaciones de los Gobiernos antes del comienzo de la segunda lectura del proyecto de Guía para la Aplicación Provisional de los Tratados en el siguiente período de sesiones de la Comisión. El proyecto de cláusulas modelo propuesto figura en el anexo A del presente informe.

## **B. La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional**

285. En su 3467ª sesión, celebrada el 21 de mayo de 2019, la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema “La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional” y establecer un Grupo de Estudio de composición abierta sobre el tema presidido, de una manera rotatoria, por el Sr. Bogdan Aurescu, el Sr. Yacouba Cissé, la Sra. Patricia Galvão Teles, la Sra. Nilüfer Oral y el Sr. Juan José Ruda Santolaria.

## **C. Solicitud de la Comisión a la Secretaría de que prepare estudios sobre temas del programa de la Comisión**

286. En su 3507ª sesión, celebrada el 9 de agosto de 2019, la Comisión pidió a la Secretaría que preparase un memorando en el que se examinaran jurisprudencia de tribunales arbitrales interestatales y de cortes y tribunales penales internacionales de carácter universal, así como tratados, que fueran especialmente relevantes para su labor futura sobre el tema “Principios generales del derecho”.

<sup>1491</sup> 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.

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

287. En su 3470ª sesión, celebrada el 24 de mayo de 2019, la Comisión estableció un Grupo de Planificación para el actual período de sesiones.

288. El Grupo de Planificación celebró dos reuniones, el 24 de mayo y el 23 de julio de 2019. Tuvo ante sí la sección E, titulada “Otras decisiones y conclusiones de la Comisión”, del resumen por temas de los debates celebrados en la Sexta Comisión de la Asamblea General durante su septuagésimo tercer período de sesiones (A/CN.4/724); la resolución 73/265 de la Asamblea General, de 22 de diciembre de 2018, relativa al informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 70º período de sesiones; y la resolución 73/207 de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 2018, sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional.

### **1. Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo**

289. En su primera reunión, celebrada el 24 de mayo de 2019, el Grupo de Planificación decidió que se volviera a reunir el Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo, con el Sr. Mahmoud D. Hmoud como Presidente. En su segunda reunión, celebrada el 23 de julio de 2019, el Presidente del Grupo de Trabajo presentó al Grupo de Planificación un informe oral sobre la labor llevada a cabo por el Grupo de Trabajo en el actual período de sesiones. El Grupo de Planificación tomó nota del informe oral.

290. En el actual período de sesiones, la Comisión, siguiendo la recomendación del Grupo de Trabajo, decidió proponer la inclusión de los siguientes temas en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión:

- a) Reparación a las personas físicas por violaciones manifiestas del derecho internacional de los derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario, y
- b) Prevención y represión de la piratería y el robo a mano armada en el mar.

291. En la elección de los temas, la Comisión se guio por la recomendación que hizo en su 50º período de sesiones (1998) en cuanto a los criterios de selección, a saber: a) que el tema reflejara las necesidades de los Estados respecto del desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional; b) que el tema estuviera en una etapa suficientemente avanzada en cuanto a la práctica de los Estados para permitir el desarrollo progresivo y la codificación, y c) que el tema fuera concreto y viable para el desarrollo progresivo y la codificación. La Comisión convino además en que no debía limitarse a los temas tradicionales, sino que también podía examinar los que representaran una evolución del derecho internacional e inquietudes apremiantes de la comunidad internacional en su conjunto. La Comisión consideró que la labor sobre esos dos temas constituiría una aportación útil al desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación. Las sinopsis de los temas elegidos figuran como anexos B y C del presente informe.

### **2. Grupo de Trabajo sobre los métodos de trabajo de la Comisión**

292. En su primera reunión, celebrada el 24 de mayo de 2019, el Grupo de Planificación decidió volver a establecer el Grupo de Trabajo sobre los métodos de trabajo de la Comisión, bajo la Presidencia del Sr. Hussein A. Hassouna. En su segunda reunión, celebrada el 23 de julio de 2019, el Presidente del Grupo de Trabajo presentó al Grupo de Planificación un informe oral sobre la labor llevada a cabo por el Grupo de Trabajo en el actual período de sesiones. El Grupo de Planificación tomó nota del informe oral.

### **3. Examen de la resolución 73/207 de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 2018, sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional**

293. La Asamblea General, en su resolución 73/207, de 20 de diciembre de 2018, sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional, entre otras cosas, reiteró a la Comisión su invitación a que, en su informe a la Asamblea General, formulara observaciones sobre su papel actual en la promoción del estado de derecho. Desde su



60º período de sesiones (2008), la Comisión ha venido formulando observaciones anualmente sobre su papel en la promoción del estado de derecho. La Comisión señala que las observaciones que figuran en los párrafos 341 a 346 de su informe de 2008<sup>1492</sup> siguen siendo pertinentes y reitera las formuladas en sus períodos de sesiones anteriores<sup>1493</sup>.

294. La Comisión recuerda que el estado de derecho constituye la esencia de su labor. El propósito de la Comisión, tal como se establece en el artículo 1 de su estatuto, es promover el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación.

295. Teniendo presente en toda su labor el principio del estado de derecho, la Comisión es plenamente consciente de la importancia de la aplicación del derecho internacional en el plano nacional, y tiene por objetivo promover el respeto del estado de derecho en el plano internacional.

296. En cumplimiento de su mandato en relación con el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, la Comisión seguirá teniendo en cuenta, cuando proceda, el estado de derecho como principio de gobernanza y los derechos humanos que son fundamentales para el estado de derecho, como se refleja en el preámbulo y el Artículo 13 de la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional<sup>1494</sup>.

297. En su labor actual, la Comisión es consciente de “la estrecha relación entre el estado de derecho y los tres pilares de las Naciones Unidas (paz y seguridad, desarrollo y derechos humanos)”<sup>1495</sup>, sin hacer hincapié en uno a expensas del otro. En este contexto, la Comisión tiene presente que la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible reconoce la necesidad de un estado de derecho efectivo y una buena gobernanza a todos los niveles<sup>1496</sup>. En cumplimiento de su mandato en relación con el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, la Comisión tiene conciencia de los retos actuales a que se enfrenta el estado de derecho.

298. Recordando que la Asamblea General ha destacado la importancia de fomentar el intercambio de las mejores prácticas nacionales sobre el estado de derecho<sup>1497</sup>, la Comisión desea recordar que gran parte de su labor consiste en recopilar y analizar prácticas nacionales relacionadas con el estado de derecho con miras a evaluar su posible contribución al desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional. En ese espíritu, la Comisión celebra en particular la decisión de la Asamblea General de invitar a los Estados Miembros a que, durante el próximo debate de la Sexta Comisión sobre el estado de derecho en el septuagésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General, centren sus comentarios en el subtema “El intercambio de mejores prácticas e ideas para promover el respeto del derecho internacional por los Estados”<sup>1498</sup>.

<sup>1492</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/63/10).*

<sup>1493</sup> *Ibid.*, sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/64/10), párr. 231; *ibid.*, sexagésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/65/10), párrs. 390 a 393; *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/66/10), párrs. 392 a 398; *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/67/10), párrs. 274 a 279; *ibid.*, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/68/10), párrs. 171 a 179; *ibid.*, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10), párrs. 273 a 280; *ibid.*, septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/70/10), párrs. 288 a 295; *ibid.*, septuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/71/10), párrs. 314 a 322; *ibid.*, septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/72/10), párrs. 269 a 278; *ibid.*, septuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/73/10), párrs. 372 a 380.

<sup>1494</sup> Resolución 67/1 de la Asamblea General, de 30 de noviembre de 2012, relativa a la Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho en los planos nacional e internacional, párr. 41.

<sup>1495</sup> Informe del Secretario General sobre la evaluación de la eficacia del apoyo del sistema de las Naciones Unidas a la promoción del estado de derecho en situaciones de conflicto y posteriores a los conflictos, S/2013/341, 11 de junio de 2013, párr. 70.

<sup>1496</sup> Resolución 70/1 de la Asamblea General, de 21 de octubre de 2015, párr. 35.

<sup>1497</sup> Resolución 73/207 de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 2018, párrs. 2 y 23.

<sup>1498</sup> *Ibid.*, párr. 23.

299. Teniendo presente el papel de los procesos de los tratados multilaterales en la promoción del estado de derecho<sup>1499</sup>, la Comisión recuerda que su labor en relación con diferentes temas ha dado lugar a varios procesos de tratados multilaterales y a la aprobación de diversos tratados de ese tipo<sup>1500</sup>.

300. Durante el actual período de sesiones, la Comisión ha seguido contribuyendo al estado de derecho, entre otras formas con su labor sobre los temas “Crímenes de lesa humanidad” (aprobado en segunda lectura en el actual período de sesiones), “Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)” (aprobado en primera lectura en el actual período de sesiones), “Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados” (aprobado en primera lectura en el actual período de sesiones), “La sucesión de los Estados en relación con la responsabilidad del Estado”, “Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”, “Principios generales del derecho” y “Aplicación provisional de los tratados”. La Comisión también ha decidido incluir un nuevo tema, “La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional”, en su programa de trabajo.

301. La Comisión reitera su compromiso de promover el estado de derecho en todas sus actividades.

#### 4. Honorarios

302. La Comisión reitera su opinión, expresada en sus informes anteriores, sobre la cuestión de los honorarios, planteada a raíz de la aprobación por la Asamblea General de su resolución 56/272, de 27 de marzo de 2002<sup>1501</sup>. La Comisión insiste en que la resolución 56/272 afecta especialmente a los Relatores Especiales, ya que compromete el apoyo a su labor de investigación.

#### 5. Documentación y publicaciones

303. La Comisión subrayó una vez más la naturaleza única de su forma de actuar en relación con el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, en cuanto que concedía especial relevancia a la práctica de los Estados y a las decisiones de las cortes y tribunales nacionales e internacionales cuando abordaban cuestiones de derecho internacional. Reiteró la importancia que tenía la aportación y puesta a disposición de toda prueba de práctica de los Estados y otras fuentes del derecho internacional pertinentes para el desempeño de su cometido. Los informes de sus Relatores Especiales requerían una presentación adecuada de los precedentes y de otros datos relevantes, como tratados, resoluciones judiciales y doctrina, así como un análisis exhaustivo de las cuestiones que se examinaban. La Comisión quiso destacar que tanto la propia Comisión como sus Relatores Especiales eran plenamente conscientes de la necesidad de ahorrar siempre que fuera posible en el volumen general de documentación y que seguiría teniendo presentes esas

<sup>1499</sup> *Ibid.*, párr. 9.

<sup>1500</sup> Véase, más concretamente, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/70/10)*, párr. 294.

<sup>1501</sup> Véase *ibid.*, quincuagésimo séptimo período de sesiones, *Suplemento núm. 10 (A/57/10)*, párrs. 525 a 531; *ibid.*, quincuagésimo octavo período de sesiones, *Suplemento núm. 10 (A/58/10)*, párr. 447; *ibid.*, quincuagésimo noveno período de sesiones, *Suplemento núm. 10 (A/59/10)*, párr. 369; *ibid.*, sexagésimo período de sesiones, *Suplemento núm. 10 (A/60/10)*, párr. 501; *ibid.*, sexagésimo primer período de sesiones, *Suplemento núm. 10 (A/61/10)*, párr. 269; *ibid.*, sexagésimo segundo período de sesiones, *Suplemento núm. 10 (A/62/10)*, párr. 379; *ibid.*, sexagésimo tercer período de sesiones, *Suplemento núm. 10 (A/63/10)*, párr. 358; *ibid.*, sexagésimo cuarto período de sesiones, *Suplemento núm. 10 (A/64/10)*, párr. 240; *ibid.*, sexagésimo quinto período de sesiones, *Suplemento núm. 10 (A/65/10)*, párr. 396; *ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, *Suplemento núm. 10 (A/66/10)*, párr. 399; *ibid.*, sexagésimo séptimo período de sesiones, *Suplemento núm. 10 (A/67/10)*, párr. 280; *ibid.*, sexagésimo octavo período de sesiones, *Suplemento núm. 10 (A/68/10)*, párr. 181; *ibid.*, sexagésimo noveno período de sesiones, *Suplemento núm. 10 (A/69/10)*, párr. 281; *ibid.*, septuagésimo período de sesiones, *Suplemento núm. 10 (A/70/10)*, párr. 299; *ibid.*, septuagésimo primer período de sesiones, *Suplemento núm. 10 (A/71/10)*, párr. 333; *ibid.*, septuagésimo segundo período de sesiones, *Suplemento núm. 10 (A/72/10)*, párr. 282; *ibid.*, septuagésimo tercer período de sesiones, *Suplemento núm. 10 (A/73/10)*, párr. 382.

consideraciones. Si bien tenía conciencia de las ventajas de ser lo más concisa posible, la Comisión reiteró su firme convencimiento de que no podía limitarse *a priori* la extensión de los documentos y los proyectos de investigación relacionados con su labor. De ahí que no se pudiera pedir a los Relatores Especiales que redujeran la longitud de sus informes después de presentarlos a la Secretaría, con independencia de las estimaciones que esta hubiera hecho de su extensión antes de la presentación. Los límites de palabras no eran aplicables a la documentación de la Comisión, como había reiterado sistemáticamente la Asamblea General<sup>1502</sup>. La Comisión también subrayó la importancia de que los Relatores Especiales preparasen sus informes en el plazo fijado y los enviaran a la Secretaría para su tramitación y remisión a la Comisión con antelación suficiente, al objeto de que estos se publicasen en todos los idiomas oficiales, a ser posible cuatro semanas antes del inicio de la parte correspondiente del período de sesiones de la Comisión. A ese respecto, la Comisión reiteró su petición de que: a) los Relatores Especiales presentaran sus informes en los plazos fijados por la Secretaría, y b) la Secretaría siguiera velando por que la documentación oficial de la Comisión se publicara oportunamente en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas.

304. La Comisión reiteró su firme convencimiento de que las actas resumidas de sus sesiones, que constituían trabajos preparatorios indispensables para el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, no podían ser objeto de restricciones arbitrarias en cuanto a su extensión. Observó con satisfacción una vez más que las medidas implantadas en su 65º período de sesiones (2013) para racionalizar la preparación de sus actas resumidas habían acelerado la remisión de las versiones en francés y en inglés a los miembros de la Comisión con miras a la introducción de los cambios pertinentes, y a su pronta publicación. La Comisión pidió a la Secretaría que retomara la práctica de redactar las actas resumidas en francés y en inglés y siguiera esforzándose por mantener las medidas en cuestión a fin de asegurar la pronta remisión de las actas provisionales a los miembros de la Comisión. También celebró que los nuevos métodos de trabajo hubieran permitido una utilización más racional de los recursos y pidió a la Secretaría que prosiguiera sus esfuerzos por facilitar la preparación de las actas definitivas en todos los idiomas oficiales sin poner en peligro su integridad.

305. La Comisión expresó su agradecimiento a todos los servicios que habían intervenido en la tramitación de su documentación, tanto en Ginebra como en Nueva York, por sus esfuerzos para lograr la tramitación oportuna y eficiente de la documentación de la Comisión, a menudo con plazos ajustados. Hizo hincapié en que la tramitación oportuna y eficiente de la documentación era esencial para que su labor se llevara a cabo de manera fluida.

306. La Comisión reafirmó su compromiso con el multilingüismo y recordó la importancia primordial que se daba en su labor a la igualdad de los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas, como se destaca en la resolución 69/324 de la Asamblea General, de 11 de septiembre de 2015.

307. La Comisión expresó una vez más su sincero reconocimiento a la Biblioteca de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, que seguía prestando asistencia a los miembros de la Comisión con eficiencia y competencia.

## 6. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*

308. La Comisión reiteró que el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* era crucial para entender la labor de la Comisión en relación con el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación, así como con el fortalecimiento del estado de derecho en las relaciones internacionales. Tomó nota de que la Asamblea General, en su resolución 73/265, expresó su reconocimiento a los Gobiernos que habían realizado

<sup>1502</sup> Para consideraciones relativas al límite de páginas de los informes de los Relatores Especiales, véanse, por ejemplo, *Anuario...*, 1977, vol. II (segunda parte), pág. 133, y *Anuario...*, 1982, vol. II (segunda parte), págs. 133 y 134. Véanse también la resolución 32/151 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1977, párr. 10, y la resolución 37/111 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 1982, párr. 5, así como resoluciones posteriores relativas a los informes anuales de la Comisión a la Asamblea General.

contribuciones voluntarias al Fondo Fiduciario para eliminar el retraso en la publicación del *Anuario* y alentó a que se hicieran nuevas contribuciones al Fondo.

309. La Comisión recomendó que la Asamblea General, al igual que en su resolución 73/265, expresara su satisfacción por los notables avances logrados en los últimos años para eliminar el retraso en la publicación del *Anuario* en los seis idiomas oficiales y acogiera con beneplácito los esfuerzos realizados por la División de Gestión de Conferencias de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, especialmente su Sección de Edición, por dar cumplimiento efectivo a las resoluciones pertinentes de la Asamblea General en que se pedía que se redujera el retraso, y que alentara a la División de Gestión de Conferencias a que siguiera prestando todo el apoyo necesario para que la Sección de Edición avanzara con el *Anuario*.

#### **7. Asistencia de la División de Codificación**

310. La Comisión expresó su agradecimiento por la valiosa asistencia de la División de Codificación de la Secretaría en la prestación de servicios sustantivos a la Comisión, así como por la continua asistencia a los Relatores Especiales y en la preparación de estudios de investigación minuciosos sobre aspectos relacionados con los temas que estaban siendo examinados, atendiendo a las solicitudes de la Comisión. En particular, la Comisión expresó su reconocimiento a la Secretaría por la preparación de un memorando con información sobre tratados que podían ser pertinentes para la labor futura de la Comisión sobre el tema “La sucesión de Estados en relación con la responsabilidad del Estado” (A/CN.4/730).

#### **8. Sitios web**

311. La Comisión expresó su profundo reconocimiento a la Secretaría por el sitio web sobre la labor de la Comisión y celebró que continuara con su actualización y mejora<sup>1503</sup>. Reiteró que ese y otros sitios web, de cuyo mantenimiento se ocupaba la División de Codificación<sup>1504</sup>, constituían un recurso inestimable para la Comisión, así como para el círculo más amplio de especialistas que investigaban sobre la labor de la Comisión, lo que contribuía a potenciar en general la enseñanza, el estudio y la difusión del derecho internacional y a lograr que se valorase en mayor medida. La Comisión celebró que el sitio web sobre la labor de la Comisión contuviera información sobre el estado actual de los temas del programa de la Comisión, así como enlaces a versiones preliminares editadas de las actas resumidas de la Comisión y a las grabaciones de las sesiones plenarias de la Comisión.

#### **9. Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de las Naciones Unidas**

312. La Comisión observó con reconocimiento una vez más el extraordinario valor de la Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de las Naciones Unidas<sup>1505</sup> para promover un mejor conocimiento del derecho internacional y de la labor de las Naciones Unidas en este ámbito, incluidos los trabajos de la Comisión.

### **E. Fecha y lugar de celebración del 72º período de sesiones de la Comisión**

313. La Comisión decidió que su 72º período de sesiones se celebrara en Ginebra, del 27 de abril al 5 de junio y del 6 de julio al 7 de agosto de 2020.

### **F. Cooperación con otros órganos**

314. En la 3478ª sesión, celebrada el 11 de julio de 2019, el Magistrado Abdulqawi Ahmed Yusuf, Presidente de la Corte Internacional de Justicia, hizo uso de la palabra e

<sup>1503</sup> <http://legal.un.org/ilc>.

<sup>1504</sup> En general, puede consultarse en <http://legal.un.org/cod/>.

<sup>1505</sup> [http://legal.un.org/avl/intro/welcome\\_avl.html](http://legal.un.org/avl/intro/welcome_avl.html).

informó a la Comisión de las recientes actividades judiciales de la Corte<sup>1506</sup>. A continuación hubo un intercambio de opiniones.

315. El Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público del Consejo de Europa estuvo representado en el actual período de sesiones de la Comisión por el Presidente del Comité, el Sr. Petr Válek, y por la Jefa de la División de Derecho Internacional Público y la Oficina de Tratados de la Dirección de Asesoramiento Jurídico y Derecho Internacional Público, y Secretaria del Comité, la Sra. Marta Requena, quienes hicieron uso de la palabra ante la Comisión en su 3472ª sesión, celebrada el 31 de mayo de 2019<sup>1507</sup>. Los oradores centraron sus intervenciones en las actividades actuales del Comité en el ámbito del derecho internacional público, así como en las del Consejo de Europa. A continuación hubo un intercambio de opiniones.

316. El Comité Jurídico Interamericano estuvo representado en el actual período de sesiones de la Comisión por su Presidenta, la Sra. Ruth Correa Palacio, quien hizo uso de la palabra ante la Comisión en su 3477ª sesión, celebrada el 10 de julio de 2019<sup>1508</sup>. La oradora hizo una presentación general de las actividades del Comité en relación con diversas cuestiones jurídicas, centrándose en particular en las actividades realizadas en 2018. A continuación hubo un intercambio de opiniones.

317. La Organización Jurídica Consultiva Asiático-Africana estuvo representada en el actual período de sesiones de la Comisión por su Secretario General, el Sr. Kennedy Gastorn, quien hizo uso de la palabra ante la Comisión en su 3485ª sesión, celebrada el 18 de julio de 2019<sup>1509</sup>. El orador informó a la Comisión acerca de las actividades de la Organización y ofreció una visión general de las deliberaciones de esta en su 57º período de sesiones anual, celebrado en el Japón del 8 al 12 de octubre de 2018, e hizo referencia, entre otras cosas, a los debates mantenidos sobre temas incluidos en el programa de trabajo de la Comisión. A continuación hubo un intercambio de opiniones.

318. La Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana estuvo representada en el actual período de sesiones de la Comisión por la Sra. Kathleen Quartey Ayensu y el Sr. Sindiso H. Sichone, miembros de la Comisión de la Unión Africana, quienes hicieron uso de la palabra ante la Comisión en su 3486ª sesión, celebrada el 19 de julio de 2019<sup>1510</sup>. Los oradores ofrecieron una visión general de las actividades de la Comisión de la Unión Africana en relación con las diversas cuestiones jurídicas de las que esta se había ocupado desde su creación, incluidas las actividades de conmemoración de su décimo aniversario. A continuación hubo un intercambio de opiniones.

319. El 17 de julio de 2019 tuvo lugar un intercambio informal de opiniones entre miembros de la Comisión y del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) sobre temas de interés mutuo. El Sr. Gilles Carbonnier, Vicepresidente del CICR, pronunció unas palabras de bienvenida, a las que siguieron observaciones introductorias por parte de la Sra. Cordula Droege, Oficial Jurídico Principal y Jefa de la División Jurídica del CICR, y del Sr. Pavel Šturma, Presidente de la Comisión. Hubo exposiciones sobre los temas “El papel de los Estados en la aclaración o el desarrollo del derecho internacional”, a cargo de la Sra. Cordula Droege y del Sr. Pavel Šturma; “Las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)”, a cargo del Sr. Dire Tladi, Relator Especial para el tema; y “El tratamiento de los sistemas de armas autónomos en el derecho internacional humanitario”, a cargo de la Sra. Netta Goussac, Asesora Jurídica del CICR. Después de cada serie de exposiciones tuvo lugar un debate moderado por la Sra. Helen Durham, Directora del Departamento de Derecho Internacional y Política del CICR. La Sra. Durham pronunció unas palabras a modo de conclusión.

<sup>1506</sup> La intervención se recoge en el acta resumida de esa sesión.

<sup>1507</sup> Las intervenciones se recogen en el acta resumida de esa sesión.

<sup>1508</sup> La intervención se recoge en el acta resumida de esa sesión.

<sup>1509</sup> La intervención se recoge en el acta resumida de esa sesión.

<sup>1510</sup> Las intervenciones se recogen en el acta resumida de esa sesión.

## G. Representación en el septuagésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General

320. La Comisión decidió que en el septuagésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General estaría representada por su Presidente, el Sr. Pavel Šturma.

## H. Seminario de Derecho Internacional

321. De conformidad con la resolución 73/265 de la Asamblea General, de 22 de diciembre de 2018, el 55º período de sesiones del Seminario de Derecho Internacional se celebró en el Palacio de las Naciones del 8 al 26 de julio de 2019, durante el actual período de sesiones de la Comisión. El Seminario está dirigido a juristas jóvenes que se especializan en derecho internacional, así como a profesores o funcionarios jóvenes que siguen una carrera académica o diplomática en la administración pública de sus países.

322. Asistieron al período de sesiones 25 participantes de diferentes nacionalidades procedentes de todas las regiones del mundo<sup>1511</sup>. Los participantes asistieron a las sesiones plenarias de la Comisión y a conferencias organizadas especialmente para ellos, y participaron en grupos de trabajo sobre temas específicos.

323. El Sr. Pavel Šturma, Presidente de la Comisión, inauguró el Seminario. El Sr. Markus Schmidt, Asesor Jurídico Superior de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, se encargó de la administración, organización y dirección del Seminario y desempeñó las funciones de Director. El Sr. Vittorio Mainetti, experto en derecho internacional y consultor, actuó como coordinador, con la ayuda del Sr. Pietro Gerundino, asistente jurídico de la Universidad de Ginebra.

324. Se organizaron las siguientes conferencias, pronunciadas por miembros de la Comisión: “La labor de la Comisión de Derecho Internacional”, a cargo del Sr. Georg Nolte; “La Comisión de Derecho Internacional vista desde fuera”, a cargo de la Sra. Patricia Galvão Teles; “La prueba ante las cortes y tribunales internacionales”, a cargo del Sr. Aniruddha Rajput; “La protección de la atmósfera”, a cargo del Sr. Shinya Murase; “La inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”, a cargo de la Sra. Concepción Escobar Hernández; “Las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*)”, a cargo del Sr. Dire D. Tladi; “La reparación a las personas físicas por violaciones manifiestas del derecho internacional de los derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario”, a cargo del Sr. Claudio Grossman Guiloff; “Los crímenes de lesa humanidad”, a cargo del Sr. Sean D. Murphy; “Los principios generales del derecho”, a cargo del Sr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, y “La aplicación provisional de los tratados”, a cargo del Sr. Juan Manuel Gómez Robledo.

325. Los participantes asistieron a una conferencia en el Instituto Superior de Estudios Internacionales y de Desarrollo de Ginebra sobre “La ampliación de las competencias de las organizaciones internacionales: teoría y práctica”, pronunciada por el Sr. Fouad Zarbiev, Profesor Asociado de Derecho Internacional, y el Sr. Gian Luca Burci, Profesor Adjunto de Derecho Internacional, del Instituto Superior de Estudios Internacionales y de Desarrollo. También asistieron a una conferencia organizada por la Universidad de Ginebra sobre el

<sup>1511</sup> Participaron en el Seminario las siguientes personas: Sr. Mohamed Abdelmeguid Rabie (Egipto), Sr. Hafez Abou Alchamat (República Árabe Siria), Sr. Alexander Antialón Conde (Perú), Sra. Giulia Bernabei (Italia), Sra. Ozge Bilge (Turquía), Sra. Elisabetta Bucci (San Marino), Sra. Arianna del Carmen Carral Castelo (Cuba), Sr. Delva Dimanche (Haití), Sra. Victoria Ernst (Estados Unidos de América), Sra. Benjaporn Fattier (Tailandia), Sr. René Figueredo Corrales (Paraguay), Sr. Javier Fernando García Botero (Colombia), Sr. Gueorgui Gueorguiev (Bulgaria), Sra. Fatima Hajoui (Marruecos), Sra. Ha'a Hauirae (Islas Salomón), Sr. Martin Mändveer (Estonia), Sr. Chany Pavel Ngatheyo Akony (Congo), Sra. Marie Claire Ngo Nyeheg (Camerún), Sra. Pia Niederdorfer (Austria), Sra. Marieanne Oludhe (Kenya), Sra. Naureen Rahim (Bangladesh), Sr. Shokirjon Rakhmatov (Uzbekistán), Sr. Simon-Peter St. Emmanuel (Nigeria), Sra. Aichatou Tamba (Senegal) y Sr. Kiran Mohan Vazhapully (India). El Comité de Selección, presidido por el Sr. Makane Moïse Mbengue, Profesor de Derecho Internacional de la Universidad de Ginebra, se reunió el 30 de abril de 2019 y seleccionó a 25 candidatos de entre 304 solicitantes.



tema “La protección del medio ambiente y las instalaciones de agua durante los conflictos armados y después de estos”, en la que participó la Sra. Marja Lehto, miembro de la Comisión y Relatora Especial para el tema “Protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados”. Intervinieron en la conferencia los siguientes oradores: Sra. Laurence Boisson de Chazournes, Profesora de Derecho Internacional de la Universidad de Ginebra; Sr. Marco Sassòli, Profesor de Derecho Internacional de la Universidad de Ginebra y Director de la Academia de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de Ginebra; Sra. Mara Tignino, Profesora Adjunta de la Universidad de Ginebra y Coordinadora de la Plataforma para el Derecho Internacional del Agua del Geneva Water Hub; Sra. Helen Obregón Gieseken, Asesora Jurídica de la División Jurídica del CICR, y Sra. Danae Azaria, Profesora de Derecho Internacional del University College de Londres.

326. Los participantes realizaron una visita a la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y asistieron a dos conferencias: una pronunciada por el Sr. Dražen Petrović, Secretario del Tribunal Administrativo de la OIT, titulada “La justicia administrativa internacional”, y otra a cargo del Sr. Georges Politakis, Asesor Jurídico de la OIT, sobre “El establecimiento de normas de la OIT”.

327. Se organizaron dos grupos de trabajo, uno sobre la identificación de nuevos temas para la Comisión y otro sobre la prueba ante las cortes y tribunales internacionales, y cada participante fue asignado a uno de los dos grupos. Dos miembros de la Comisión, la Sra. Patrícia Galvão Teles y el Sr. Aniruddha Rajput, respectivamente, supervisaron y ofrecieron orientación a los grupos de trabajo. Cada grupo preparó un informe y presentó sus conclusiones en la última sesión de trabajo del Seminario. Una vez compilados, los informes se distribuyeron a todos los participantes, así como a los miembros de la Comisión.

328. Los participantes también asistieron a la primera Conferencia de la Red de Antiguos Participantes en el Seminario de Derecho Internacional. La Sra. Verity Robson (participante en la edición de 2017), Presidenta de la Red y Asesora Jurídica de la Misión Permanente del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en Ginebra, y el Sr. Vittorio Mainetti, Secretario General de la Red y Coordinador del Seminario de Derecho Internacional, dieron la bienvenida a los participantes de la presente edición y de ediciones pasadas. Unas 90 personas asistieron al acto. Se organizaron dos mesas redondas: sobre el derecho internacional y el medio ambiente; y sobre las cuestiones procesales en el arreglo de controversias internacionales. En la primera mesa redonda intervinieron: el Sr. Christian Tomuschat (participante en la edición de 1966), Profesor Emérito de la Universidad Humboldt de Berlín y antiguo miembro de la Comisión, pronunció el discurso inaugural. Intervinieron en la conferencia la Sra. Marja Lehto (participante en la edición de 1993), miembro de la Comisión; la Sra. Jasmine Moussa (participante en la edición de 2009), Primera Secretaria de la Misión Permanente de Egipto en Ginebra; el Sr. Shinya Murase (participante en la edición de 1975), miembro de la Comisión; el Sr. Gentian Zyberi (participante en la edición de 2008), Jefe de Departamento del Norwegian Centre for Human Rights y miembro del Comité de Derechos Humanos; el Sr. Marcelo Kohen (participante en la edición de 1989), Profesor de Derecho Internacional del Instituto Superior de Estudios Internacionales y de Desarrollo de Ginebra y Secretario General del Instituto de Derecho Internacional. En la segunda mesa redonda intervinieron: el Sr. Antonios Abou Kasm (participante en la edición de 2009), Profesor de Derecho Internacional en la Universidad del Líbano; la Sra. Mónica Fera-Tinta (participante en la edición de 2000), abogada en 20 Essex Street; el Sr. Philippe Gautier (participante en la edición de 1988), Secretario del Tribunal Internacional del Derecho del Mar; el Sr. Raul Pangalangan (participante en la edición de 1988), Magistrado de la Corte Penal Internacional, y el Sr. Brian McGarry (participante en la edición de 2013), Profesor e Investigador Principal del Geneva Centre for International Dispute Settlement. Para concluir, la Sra. Mary-Elisabeth Chong (participante en la edición de 2017), Vicepresidenta de la Red y Fiscal de la Fiscalía General de Singapur, pronunció unas palabras.

329. El Presidente de la Comisión, el Director del Seminario de Derecho Internacional y el Sr. René Figueredo Corrales, en nombre de los participantes en el Seminario, hicieron

uso de la palabra ante la Comisión en la ceremonia de clausura de este. Se entregó un diploma a todos los participantes.

330. La Comisión observó con preocupación que en 2019 solo cinco Gobiernos habían hecho contribuciones voluntarias al Fondo Fiduciario de las Naciones Unidas para el Seminario de Derecho Internacional: Austria, India, Irlanda, Reino Unido y Suiza. La crisis financiera de los últimos años había repercutido gravemente en las finanzas del Seminario, por lo que el Fondo solo pudo conceder un número limitado de becas a candidatos merecedores de ellas procedentes de países en desarrollo. En 2019 se concedieron 12 becas (8 de manutención exclusivamente y 4 de viaje y manutención).

331. Desde 1965, año en el que se empezó a organizar, han asistido al Seminario 1.258 participantes de 177 nacionalidades. De ellos, 760 han tenido beca.

332. La Comisión destaca la importancia que concede al Seminario, que permite a juristas jóvenes, especialmente de países en desarrollo, familiarizarse con la labor de la Comisión y con las actividades de las numerosas organizaciones internacionales que tienen su sede en Ginebra. La Comisión recomienda que la Asamblea General haga un nuevo llamamiento a los Estados para que realicen contribuciones voluntarias a fin de que el Seminario que se organice en 2020 tenga la mayor participación posible y una distribución geográfica adecuada.



## Anexos

### Anexo A

#### Proyecto de cláusulas modelo sobre la aplicación provisional de los tratados

**(El proyecto de cláusulas modelo que figura a continuación ha sido propuesto por el Relator Especial para que la Comisión lo examine en su 72º período de sesiones.)**

##### Inicio y terminación

###### *Proyecto de cláusula modelo 1*

1. El presente Tratado [El presente artículo/Los presentes artículos ...] se aplicará[n] provisionalmente<sup>1</sup> a partir de la fecha de la firma<sup>2</sup> [o a partir de la fecha X<sup>3</sup>], a menos

<sup>1</sup> Protocolo del Acuerdo de Colaboración y Cooperación por el que se establece una colaboración entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la Federación de Rusia, por otra, para tener en cuenta la adhesión de la República de Croacia a la Unión Europea, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 373, pág. 3, art. 4 (“El presente Protocolo se aplicará provisionalmente...”); Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Gobierno de la República Kirguisa sobre determinados aspectos de los servicios aéreos, *ibid.*, L 179, pág. 39, art. 9 (“... las Partes acuerdan aplicar provisionalmente el presente Acuerdo...”); Exchange of notes between Switzerland and Liechtenstein relating to the distribution of the tax benefits on CO2 and the reimbursement of the tax on CO2 to enterprises under Liechtenstein’s law on the exchanges of rights, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2763, págs. 274 y ss., en especial pág. 262, art. 12 (“... this Agreement shall apply provisionally...”); Decisión del Consejo, de 18 de noviembre de 2002, relativa a la firma y a la aplicación provisional de determinadas disposiciones del Acuerdo por el que se establece una asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Chile, por otra (2002/979/CE), *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 352, 30 de diciembre de 2002, pág. 1, art. 2 (“A la espera de la entrada en vigor del Acuerdo de asociación, se aplicarán con carácter provisional las disposiciones siguientes”); CEDEAO, Protocol A/P.1/12/99 relating to the Mechanism for Conflict Prevention, Management, Resolution, Peace-keeping and Security, art. 57 (“This Protocol shall enter into force provisionally upon signature...”); Supplementary Protocol A/SP.1/01/06 Amending Articles VI-C, VI-I, IX- 8, XI – 2 AND XII of Protocol A/P2/7/87 on the Establishment of the Western African Health Organization (WAHO), art. 2 (“This Protocol shall enter into force provisionally upon signature...”); Supplementary Protocol A/SP.1/06/06 amending the Revised ECOWAS Treaty, art. 4 (“The present Supplementary Protocol shall enter into force provisionally upon signature...”); CEDEAO, Supplementary Protocol A/SP.2/06/06 amending Article 3 Paragraphs 1, 2 and 4, Article 4 Paragraphs 1, 3 and 7 and Article 7 Paragraph 3 of the Protocol on the Community Court of Justice, art. 8 (“This Supplementary Protocol shall come into force provisionally upon its signature...”).

<sup>2</sup> Treaty between the Russian Federation, the Republic of Belarus, the Republic of Kazakhstan and the Kyrgyz Republic on the deepening of integration in economic and humanitarian fields (Moscú, 29 de marzo de 1996), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2014, núm. 34547, pág. 15, art. 26; Statutes of the Community of Portuguese-Speaking Countries (Lisboa, 17 de julio de 1996), *ibid.*, vol. 2233, núm. 39756, pág. 207; Acuerdo relativo a la Autorización del Tránsito de Ciudadanos Yugoslavos Obligados a Abandonar el País (Berlín, 21 de marzo de 2000), *ibid.*, vol. 2307, núm. 41137, pág. 3, art. 7, párr. 3; Agreement establishing the “Karanta” Foundation for support of non-formal education policies and including in annex the Statutes of the Foundation (Dakar, 15 de diciembre de 2000), *ibid.*, vol. 2341, núm. 41941, pág. 3, art. 8; Convenio Internacional del Cacao de 1972 (Ginebra, 21 de octubre de 1972), *ibid.*, vol. 882, núm. 12652, pág. 186, art. 66; Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of the Marshall Islands concerning cooperation to suppress the proliferation of weapons of mass destruction, their delivery systems, and related materials by sea (Honolulu, 13 de agosto de 2004), *ibid.*, [vol. aún no publicado], núm. 51490, art. 17, párr. 2.

<sup>3</sup> Convenio Internacional del Café de 1994, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1827, núm. 31252, pág. 133, art. 40; Convenio Internacional de las Maderas Tropicales de 1994, *ibid.*, vol. 1955,

que<sup>4</sup> un Estado [una organización internacional] notifique al otro Estado [a la otra organización internacional] [al Depositario] en el momento de la firma [o en cualquier otro momento convenido] que no consiente en quedar obligado por dicha aplicación provisional<sup>5</sup>.

2. La aplicación provisional del presente Tratado [o del presente artículo/de los presentes artículos...] terminará en el momento de su entrada en vigor<sup>6</sup> para el Estado [la organización internacional] que lo esté [los esté] aplicando provisionalmente o si ese Estado [esa organización internacional] notifica al otro Estado [a la otra organización internacional] [al Depositario] su intención de no llegar a ser parte en el Tratado<sup>7</sup>.

núm. 33484, pág. 230, art. 41, párr. 2; Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Ucrania, por otra (Bruselas, 21 de marzo de 2014), *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 161, pág. 3; Convenio Internacional del Café de 1968 (abierto a la firma en Nueva York del 18 al 31 de marzo de 1968), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 647, núm. 9262, pág. 190, art. 62, párr. 2; Convenio Internacional del Café de 1976 (Londres, 3 de diciembre de 1975), *ibid.*, vol. 1024, núm. 15034, pág. 109, art. 61, párr. 2; Convenio Internacional del Café de 1983 (Londres, 16 de septiembre de 1982), *ibid.*, vol. 1333, núm. 22376, pág. 119, art. 61, párr. 2; Exchange of notes between Switzerland and Liechtenstein relating to the distribution of the tax benefits on CO2 and the reimbursement of the tax on CO2 to enterprises under Liechtenstein's law on the exchanges of rights, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2763, núm. 48680, págs. 259 y ss., en especial pág. 262, art. 12 ("Like the Treaty, this Agreement shall apply provisionally as of...").

<sup>4</sup> Acuerdo de Colaboración y Cooperación Reforzadas entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Kazajistán, por otra, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 29, 4 de febrero de 2016, pág. 3, art. 281, párr. 5 ("se aplicará, salvo que se disponga otra cosa, provisionalmente").

<sup>5</sup> Acuerdo relativo a la Aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 (Nueva York, 28 de julio de 1994), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1836, págs. 110 y ss., en especial págs. 112 y 113, art. 7; Intercambio de notas de 17 de junio de 1979 constitutivo de un acuerdo para la aplicación provisional del Convenio sobre Transporte Internacional Terrestre y sus anexos (Mar del Plata, 10 de noviembre de 1977), que puede consultarse en el sitio web del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, Dirección General de Tratados, [https://apps.reee.gob.pe/portal/webtratados.nsf/Tratados\\_Bilateral.xsp?action=openDocument&documentId=E0F2](https://apps.reee.gob.pe/portal/webtratados.nsf/Tratados_Bilateral.xsp?action=openDocument&documentId=E0F2); Protocol on the Provisional Application of the Agreement establishing the Caribbean Community Climate Change Centre (Ciudad de Belice, 5 de febrero de 2002), Naciones Unidas, *Treaty Series*, [vol. aún no publicado], núm. 51181 (el texto puede consultarse en <https://treaties.un.org>); Protocol on the Provisional Application of the Revised Treaty of Chaguaramas (Nassau, 5 de julio de 2001), *ibid.*, vol. 2259, núm. 40269, pág. 440; Acuerdo sobre la Aplicación Provisional de Ciertas Disposiciones del Protocolo núm. 14 [al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, por el que se modifica el mecanismo de control del Convenio] en Espera de su Entrada en Vigor ("Acuerdo de Madrid") (Madrid, 12 de mayo de 2009), España, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 284, 25 de noviembre de 2009, que puede consultarse en [www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2009-18786](http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2009-18786).

<sup>6</sup> Acuerdo de Madrid; Acuerdo relativo a la Aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 y su anexo en materia de costos para los Estados partes y arreglos institucionales; Convenio Internacional del Cacao, 1986 (Ginebra, 25 de julio de 1986), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1446, núm. 24604, pág. 217, art. 69 ("Continuará siendo miembro provisional hasta la fecha en que deposite su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión"); Acuerdo sobre la Aplicación Provisional de Ciertas Disposiciones del Protocolo núm. 14 en Espera de su Entrada en Vigor, España, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 284, apartado e ("La aplicación provisional de las disposiciones del Protocolo núm. 14 indicadas anteriormente finalizará en el momento en que entre en vigor del Protocolo núm. 14 o cuando las Altas Partes Contratantes convengan otra cosa de cualquier otro modo").

<sup>7</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 23 de mayo de 1969), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, núm. 18232, pág. 443; Treaty between the Federal Republic of Germany and the Kingdom of the Netherlands concerning the implementation of air traffic controls by the Federal Republic of Germany above Dutch territory and concerning the impact of the civil operations of Niederrhein Airport on the territory of the Kingdom of the Netherlands (Berlín, 29 de abril de 2003), *ibid.*, vol. 2389, núm. 43165, pág. 117; Acuerdo entre España y el Fondo Internacional de Indemnización de Daños Causados por la Contaminación por Hidrocarburos (Londres, 2 de junio de 2000), *ibid.*, vol. 2161, núm. 37756, pág. 46; Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of the Marshall Islands concerning cooperation to suppress the proliferation of weapons of mass destruction, their delivery systems, and

## Forma del acuerdo

### *Proyecto de cláusula modelo 2*

El presente Tratado [o el presente artículo/los presentes artículos...] podrá[n] ser aplicados provisionalmente de conformidad con las disposiciones de un acuerdo distinto a tal efecto<sup>8</sup>.

related materials by sea (Honolulu, 13 de agosto de 2004), *ibid.*, [vol. aún no publicado], núm. 51490 (el texto puede consultarse en <https://treaties.un.org>); Acuerdo sobre la Aplicación de las Disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 relativas a la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Transzonales y las Poblaciones de Peces Altamente Migratorios, *ibid.*, vol. 2167, págs. 211 y ss., en especial pág. 241 y 242; Tratado sobre la Carta de la Energía (Lisboa, 17 de diciembre de 1994), *ibid.*, vol. 2080, núm. 36116, pág. 518; Acta Final de la Conferencia sobre la Carta Europea de la Energía, art. 45 (“Cualquier signatario podrá dar por terminada la aplicación provisional del presente Tratado mediante comunicación por escrito al Depositario en la que manifieste su intención de no ser Parte Contratante en el Tratado”); Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Ucrania, por otra (Bruselas, 21 de marzo de 2014), *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 161, 29 de mayo de 2014, pág. 3, art. 486, párr. 7 (“Cada una de las Partes podrá notificar por escrito al Depositario su intención de poner fin a la aplicación provisional del Acuerdo”); Acuerdo Marco entre los Estados Unidos de América y la Unión Europea sobre la participación de los Estados Unidos de América en las operaciones de gestión de crisis de la Unión Europea, *ibid.*, L 143, 31 de mayo de 2011, pág. 2, art. 10, párr. 5 (“Cualquiera de las Partes podrá rescindir el presente Acuerdo mediante notificación escrita a la otra Parte con seis meses de antelación”); Acuerdo de Colaboración y Cooperación Reforzadas entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Kazajistán, por otra, *ibid.*, núm. L 29, 4 de febrero de 2016, pág. 3, art. 281, párr. 10 (“Cualquiera de las Partes podrá denunciar la aplicación provisional mediante notificación escrita entregada a la otra Parte por vía diplomática”); CEDEAO, Energy Protocol A/P4/1/03, art. 40 (“Any signatory may terminate its provisional application of this Protocol by written notification to the Depository of its intention not to become a Contracting Party to the Protocol”); Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Corea, por otra, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 127, 14 de mayo de 2011, pág. 6, art. 15.10, párr. 5 c) (“Una Parte podrá poner fin a la aplicación provisional mediante notificación escrita a la otra Parte. Dicha finalización surtirá efecto el primer día del mes siguiente al de su notificación”); Treaty between the Federal Republic of Germany and the Kingdom of the Netherlands concerning the implementation of air traffic controls by the Federal Republic of Germany above Dutch territory and concerning the impact of the civil operations of Niederrhein Airport on the territory of the Kingdom of the Netherlands (Berlín, 29 de abril de 2003), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2389, núm. 43165, pág. 117, art. 16 (“Its provisional application shall be terminated if one of the Contracting Parties declares its intention not to become a Contracting Party”); Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of the Marshall Islands concerning cooperation to suppress the proliferation of weapons of mass destruction, their delivery systems, and related materials by sea, *ibid.*, [vol. aún no publicado], núm. 51490, art. 17, párr. 3 (“This Agreement may be terminated by either Party upon written notification of such termination to the other Party through the diplomatic channel, termination to be effective one year from the date of such notification”); CEDEAO, Energy Protocol A/P4/1/03, art. 40 (“Any signatory may terminate its provisional application of this Protocol by written notification to the Depository of its intention not to become a Contracting Party to the Protocol”).

<sup>8</sup> Acuerdo relativo a la Aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 (Nueva York, 28 de julio de 1994), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1836, págs. 110 y ss., en especial págs. 112 y 113; Acuerdo sobre la Aplicación Provisional de Ciertas Disposiciones del Protocolo núm. 14 en Espera de su Entrada en Vigor; Convenio sobre el Comercio del Trigo, 1986 (Londres, 14 de marzo de 1986), *ibid.*, vol. 1429, núm. 24237, pág. 139, art. 28 (donde se hace referencia a una decisión “de común acuerdo”); Carta de La Habana para una Organización Internacional de Comercio (1947) (E/CONF.2/78) (“Cualquier Miembro que hubiese firmado antes del 1 de julio de 1948 el Protocolo de Aplicación Provisional...”).

## Aplicación o exclusión facultativas<sup>9</sup>

### *Proyecto de cláusula modelo 3*

Un Estado [Una organización internacional] que no sea un Estado negociador [una organización internacional negociadora] del presente Tratado podrá declarar que aplicará provisionalmente el Tratado [o el artículo/los artículos...], siempre que los Estados negociadores [las organizaciones internacionales negociadoras] acepten dicha declaración.

### *Proyecto de cláusula modelo 4*

Un Estado [Una organización internacional] podrá declarar que no aplicará provisionalmente un tratado [o el artículo/los artículos...] cuando la decisión sobre su aplicación provisional dimanase de una resolución de [la organización internacional X/la conferencia intergubernamental X] con la que ese Estado [esa organización internacional] no esté de acuerdo.

<sup>9</sup> El proyecto de directriz 3 (Regla general) optó por no restringir la posibilidad de “los Estados negociadores” (y las organizaciones internacionales negociadoras) de recurrir a la aplicación provisional, dejando abierta esa posibilidad a “los Estados (o las organizaciones internacionales) de que se trate”. Para no dar a entender que los Estados y las organizaciones internacionales negociadores pueden en general quedar obligados por la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado, debe haber aceptación por los Estados negociadores, como se establece en el párrafo b) del proyecto de directriz 4 (Forma del acuerdo). Eso es lo que el proyecto de modelo de cláusula 3 se propone abordar.

El proyecto de directriz 4 también contempla una resolución aprobada por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental como medio para alcanzar un acuerdo sobre la aplicación provisional de un tratado o de una parte de un tratado. A este respecto, cabe citar los ejemplos siguientes: artículo 3, decisión del Consejo de 25 de junio de 2012 relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo por el que se establece una Asociación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por un lado, y Centroamérica, por otro, y a la aplicación provisional de su parte IV relativa al comercio (2012/734/UE) (*Diario Oficial de la Unión Europea*, L 346, 15 de diciembre de 2012, pág. 1); artículo 2, decisión del Consejo, de 18 de noviembre de 2002, relativa a la firma y a la aplicación provisional de determinadas disposiciones del Acuerdo por el que se establece una asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Chile, por otra (2002/979/CE) (*Diario Oficial de la Unión Europea*, L 352, 30 de diciembre de 2002, pág. 1); artículo 4, decisión del Consejo de 23 de junio de 2014 relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, y a la aplicación provisional del Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y Ucrania, por otra, en lo que se refiere al título III (con excepción de las disposiciones relativas al tratamiento de los nacionales de terceros países legalmente empleados como trabajadores en el territorio de la otra Parte), y títulos IV, V, VI y VII del mismo, así como los anexos y Protocolos conexos (2014/668/UE) (*Diario Oficial de la Unión Europea*, L 278, 20 de septiembre de 2014, pág. 1); artículo 3, decisión del Consejo de 16 de junio de 2014 relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, y a la aplicación provisional del Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y Georgia, por otra (2014/494/UE) (*Diario Oficial de la Unión Europea*, L 261, 30 de agosto de 2014, pág. 1); artículo 2, decisión del Consejo de 10 de mayo de 2010 relativa a la firma en nombre de la Unión Europea y a la aplicación provisional del Acuerdo Marco entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Corea, por otra (2013/40/UE) (*Diario Oficial de la Unión Europea*, L 20, 23 de enero de 2013, pág. 1). Sin perjuicio de las normas para la toma de decisiones aplicables a una organización internacional o una conferencia intergubernamental en una situación concreta y de la naturaleza vinculante o no de una resolución, el carácter voluntario de la aplicación provisional puede requerir una cláusula facultativa de exclusión en caso de que un Estado o una organización internacional no estén de acuerdo con la resolución. El proyecto de cláusula modelo 4 aborda esa situación.

## Limitaciones derivadas del derecho interno de los Estados o de las reglas de las organizaciones internacionales<sup>10</sup>

### *Proyecto de cláusula modelo 5*

Un Estado [Una organización internacional] podrá, en el momento de expresar su acuerdo con la aplicación provisional del presente Tratado [del presente artículo/de los presentes artículos [...] [o en cualquier otro momento convenido], notificar al otro Estado [a la otra organización internacional] [al Depositario] cualquier limitación derivada de su derecho interno<sup>11</sup> [las reglas de la organización internacional] que afecte al cumplimiento por ese Estado [esa organización internacional] de dicha aplicación provisional.

<sup>10</sup> En varios tratados multilaterales se hace referencia al derecho interno de los Estados interesados, como el Acuerdo relativo a la Aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, artículo 7, párrafo 2; el Acuerdo Relativo a Fuerzas Colectivas de Respuesta Rápida de la Organización del Tratado de Seguridad Colectiva, art. 17; el Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica, artículo 20.5, párrafo 3; el Convenio Internacional de Cereales, 1995, artículo 26; el Convenio sobre Ayuda Alimentaria, 1999, artículos XXII c) (Firma y ratificación) y XXIII c) (Adhesión); el Convenio Internacional del Café de 1994, artículo 40 (Entrada en vigor), párrafos 2 y 3; el Convenio Internacional de las Maderas Tropicales, 2006, artículo 38 (Notificación de aplicación provisional); y el Convenio Internacional del Café de 2001, artículo 45 (Entrada en vigor), párrafo 2.

<sup>11</sup> Tratado sobre la Carta de la Energía (Lisboa, 17 de diciembre de 1994), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2080, núm. 36116, pág. 518, art. 45 (“siempre y cuando dicha aplicación provisional no esté en contradicción con su constitución, leyes o reglamentos”); Protocol of Provisional Application of the General Agreement on Tariffs and Trade (Ginebra, 30 de octubre de 1947), *ibid.*, vol. 55, núm. 814, pág. 308, art. 1 (“Undertake [...] to apply provisionally [...] to the fullest extent not inconsistent with existing legislation”); Convenio Internacional sobre el Caucho Natural (Ginebra, 6 de octubre de 1979), *ibid.*, vol. 120, núm. 19184, pág. 332, art. 60 (“todo Gobierno podrá indicar en su notificación de aplicación provisional que solo aplicará el presente Convenio dentro de las limitaciones que le impongan sus procedimientos constitucionales y/o legislativos”); Sexto Convenio Internacional del Estano (Ginebra, 26 de junio de 1981), *ibid.*, vol. 1282, núm. 21139, pág. 421, art. 53 (“dentro de las limitaciones que le impongan sus procedimientos constitucionales y/o legislativos, aplicará el presente Convenio con carácter provisional”); Acuerdo de Transporte Aéreo entre Canadá y la Comunidad Europea y sus Estados miembros (véase [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7340](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7340)) (“de conformidad con las disposiciones legislativas nacionales de las Partes”); Acuerdo sobre un espacio aéreo común entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Georgia, por otra (2010) (“de conformidad con los procedimientos internos o la legislación nacional, cuando sea aplicable”); Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Ucrania, por otra, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 161, 29 de mayo de 2014, pág. 3, art. 486, párr. 3 (“conforme [...] a sus respectivos procedimientos internos y legislación en vigor”); Acuerdo de Colaboración y Cooperación Reforzadas entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Kazajistán, por otra, *ibid.* núm. L 29, 4 de febrero de 2016, pág. 3 (“podrán aplicar de forma provisional el presente Acuerdo [...] de conformidad con sus respectivos procedimientos internos y legislación aplicables”); Acuerdo Euromediterráneo de Aviación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y el Reino de Marruecos, por otra, *ibid.*, L 386, 29 de diciembre de 2006, pág. 3, art. 30 (“con arreglo a la legislación nacional de las Partes Contratantes, a partir de la fecha de su firma”); CEDEAO, Energy Protocol A/P4/1/03, art. 40 (“to the extent that such provisional application is not inconsistent with its constitution, laws or regulations”); Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Moldavia, por otra, *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 260, de 30 de agosto de 2014, pág. 4, art. 464 (“conforme [...] a sus respectivos procedimientos internos y legislación en vigor”); Acuerdo relativo a la Aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1836, págs. 110 y ss., en especial págs. 112 y 113, art. 7, párr. 2 (“Todos esos Estados y entidades aplicarán este Acuerdo provisionalmente de conformidad con sus leyes y reglamentos nacionales o internos”).

## Anexo B

# Reparación a las personas físicas por violaciones manifiestas del derecho internacional de los derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario

Sr. Claudio Grossman

### I. Introducción

1. En los últimos decenios, el tema de la reparación a las personas físicas por daños causados por violaciones manifiestas del derecho internacional de los derechos humanos<sup>1</sup> y violaciones graves del derecho internacional humanitario<sup>2</sup> ha estado cada vez más presente en la práctica de los Estados, las organizaciones internacionales y las cortes y tribunales internacionales, como reflejo de la evolución del estatus de la persona en derecho internacional, especialmente desde la Segunda Guerra Mundial<sup>3</sup>. No obstante, desde principios del siglo XX han existido distintos tipos de foros, tanto nacionales como internacionales, que se han ocupado de las violaciones de los derechos de las personas<sup>4</sup>.

2. Hay un principio de derecho internacional que estipula que el incumplimiento de una obligación internacional da lugar a la obligación de proporcionar una reparación en la

<sup>1</sup> El término violaciones “manifiestas” del derecho internacional de los derechos humanos se utiliza para delimitar adecuadamente el alcance de este texto. Véase Academy Briefing núm. 6, *What amounts to ‘a serious violation of international human rights law’? An analysis of practice and expert opinion for the purpose of the 2013 Arms Trade Treaty*, Academia de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de Ginebra, agosto de 2014, en especial pág. 10.

<sup>2</sup> Los términos violaciones graves o infracciones graves del derecho internacional humanitario se han usado indistintamente; no obstante, en la sinopsis se emplea el término “graves”, entre otras razones, para mantener la coherencia con la terminología de la Asamblea General. Véase 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 A/RES/60/147 de la Asamblea General, principio 2 c) (21 de marzo de 2006). Además, alinea el texto con la opinión del Comité Internacional de la Cruz Roja, que ha explicado que “son violaciones graves del derecho internacional humanitario: las infracciones graves especificadas en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (artículos 50, 51, 130 y 147 de los Convenios I, II, III y IV, respectivamente)..., las infracciones graves especificadas en el Protocolo adicional I de 1977 (artículos 11 y 85)..., los crímenes de guerra especificados en el artículo 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, y otros crímenes de guerra que se produzcan en conflictos armados internacionales y no internacionales según el derecho internacional humanitario consuetudinario... Véase Explanatory Note, *What are ‘serious violations of international humanitarian law’?*, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2012, puede consultarse en <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/2012/att-what-are-serious-violations-of-ihl-icrc.pdf>.

<sup>3</sup> En el seno de la Comisión de Derecho Internacional también se han debatido otros temas relacionados con la persona, como “La responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, “La protección diplomática”, “La posición de los particulares en el derecho internacional”, “La nacionalidad, incluida la apatridia” y “La protección de las personas en caso de desastre”.

<sup>4</sup> Por ejemplo, la Corte Centroamericana de Justicia, que fue creada en 1907 y que reconoce la capacidad procesal de los particulares para interponer demandas contra los Estados; el Tribunal Internacional de Presas, creado en 1907 y que permite a los particulares presentar demandas contra Estados extranjeros; el Tratado de Versalles de 1919, que permitía a los nacionales de las Potencias Aliadas y Asociadas presentar demandas contra Alemania; y la decisión de la Corte Permanente de Justicia Internacional en la causa relativa a la competencia de los tribunales de Danzig, que declaró que los particulares pueden tener derecho a interponer demandas internacionales ante los tribunales nacionales.



forma debida<sup>5</sup>. En 1928, en la causa relativa a la fábrica de Chorzow (*Chorzow Factory*), la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) desarrolló claramente el contenido de esta obligación general y afirmó que, en la medida de lo posible, la reparación tenía que eliminar todas las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido de no haberse producido ese hecho<sup>6</sup>.

3. La norma general desarrollada en la causa relativa a la fábrica de Chorzow se ha citado ampliamente y se ha visto reafirmada en varios fallos de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), incluido el de la causa relativa a las *Actividades armadas en el territorio del Congo*. En ese fallo, que se ocupa, entre otras cosas, de violaciones del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos, la Corte reconoció que los perjuicios causados a personas físicas eran relevantes a la hora de evaluar el alcance de la reparación debida por Uganda<sup>7</sup>. La CIJ ha confirmado explícitamente que un Estado que ha quebrantado una norma de derecho internacional y ha ocasionado daños a personas tiene “la obligación de reparar los daños causados a todas las personas físicas o jurídicas afectadas”<sup>8</sup>. En el contexto de la protección diplomática, en la causa relativa a *Ahmadou Sadio Diallo*, la CIJ también subrayó la importancia de reparar los perjuicios sufridos por el Sr. Diallo en razón de un incumplimiento del derecho internacional<sup>9</sup>.

4. La práctica de los Estados y las organizaciones internacionales, así como la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales, ponen de manifiesto que el principio de reparación se ha aplicado ampliamente en los ámbitos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. La práctica refleja que el contenido y la forma de la reparación se han ajustado a la naturaleza de estos ámbitos específicos del derecho. Entre las fuentes de práctica más relevantes cabe señalar disposiciones de tratados relativas a la reparación a las personas físicas, el establecimiento de procedimientos permanentes o *ad hoc* a los que pueden acceder personas físicas y la creación de programas específicos para la reparación.

5. La práctica actual indica que existen tres niveles que permiten a las personas físicas obtener una reparación por violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y por violaciones graves del derecho internacional humanitario. Más abajo se examinan vías para obtener una reparación a nivel interestatal, internacional y nacional.

6. A nivel interestatal, la vía para proporcionar una reparación a personas físicas es el proceso tradicional de la protección diplomática, un tema que la Comisión de Derecho Internacional (CDI) estudió ampliamente en su proyecto de artículos sobre la protección diplomática<sup>10</sup>. No obstante, el recurso a esa vía de reparación es un derecho de los Estados. El tema que se trata en esta sinopsis complementaría la labor de la Comisión sobre el tema

<sup>5</sup> *The Case Concerning the Factory at Chorzow, Claim for Indemnity* (1927), Corte Permanente de Justicia Internacional, Serie A, núm. 9, pág. 21.

<sup>6</sup> Véase *Case Concerning the Factory at Chorzow (Germany v. Poland)*, fallo (1928) Corte Permanente de Justicia Internacional, Serie A, núm. 17, pág. 125 (en que se precisa, además que “la restitución en especie, o, si esta no fuere posible, el pago de una suma que corresponda al valor que habría representado la restitución en especie; el otorgamiento, si fuere necesario, de daños y perjuicios por las pérdidas sufridas que no se puedan resarcir mediante la restitución en especie o el pago en su defecto: tales son los principios en que debe inspirarse la determinación de la cuantía de la indemnización debida por un hecho contrario al derecho internacional”).

<sup>7</sup> Véase, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, *I.C.J. Reports 2005* (19 de diciembre), pág. 257, párr. 259.

<sup>8</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 2004* (9 de julio), págs. 136, 193, 194 y 198.

<sup>9</sup> *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, fallo sobre la indemnización, *I.C.J. Reports 2012* (19 de junio), pág. 324, párr. 57; véase también *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. República Democrática del Congo)*, fallo sobre la indemnización, *I.C.J. Reports 2012* (19 de junio), opinión separada del Magistrado Cançado Trindade, pág. 361, párr. 35 (“el Estado responsable debe reparación a las víctimas individuales”).

<sup>10</sup> Proyecto de artículos sobre la protección diplomática, con comentarios, Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2006*, vol. II, segunda parte, documento [A/CN.4/SER.A/2006](#).

de la protección diplomática centrándose en la reparación a las personas físicas a nivel internacional y nacional.

7. La reparación a nivel internacional incluye a las cortes y tribunales internacionales y regionales y a los órganos creados en virtud de tratados, que permiten a particulares presentar denuncias contra los Estados por violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y, en algunos casos, del derecho internacional humanitario. A través de estos mecanismos, las personas físicas buscan una determinación objetiva de una conducta indebida y la emisión de una declaración autorizada sobre la reparación apropiada, ya sea en forma de sentencia, recomendaciones o arreglo amistoso<sup>11</sup>.

8. A nivel nacional, los particulares pueden presentar denuncias por violaciones del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario ante las cortes o tribunales nacionales de un Estado, por lo general el Estado presuntamente responsable de la violación. Para cumplir con las normas de derecho internacional pertinentes, se supone que los mecanismos nacionales deben proporcionar un recurso efectivo a las personas afectadas, lo que incluye una reparación apropiada si se demuestra la vulneración. Por otra parte, para acceder a los procedimientos internacionales también hay que cumplir ciertos requisitos, como el agotamiento de los recursos internos, a fin de evitar un uso indebido de los mecanismos internacionales y respetar el principio de subsidiariedad. Los mecanismos internacionales y nacionales pueden complementarse mutuamente.

9. Importantes instrumentos de derechos humanos se ocupan de las reparaciones a las personas físicas por violaciones del derecho internacional de los derechos humanos centrándose en el derecho a un recurso *efectivo*, un concepto más amplio que abarca tanto el acceso a la justicia como la cuestión de la reparación. La Declaración Universal de Derechos Humanos trata esta cuestión en su artículo 8, que establece que “[t]oda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

10. El artículo 2, párrafo 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también establece el derecho a un recurso efectivo, y muchos instrumentos multilaterales en que se abordan los derechos humanos contienen disposiciones similares. Cabe mencionar, por ejemplo, el artículo 6 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, el artículo 14 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y el artículo 24 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. La Comisión, en su proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad, también ha aprobado una disposición sobre la reparación debida a las personas físicas (proyecto de artículo 12, párrafo 3).

11. Convenciones regionales sobre derechos humanos recogen asimismo el derecho a un recurso efectivo y han regulado la cuestión de la reparación a las personas físicas. De hecho, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos contienen disposiciones específicas que regulan esas cuestiones. Las cortes y tribunales internacionales establecidos para hacer cumplir esas convenciones han fijado varios criterios para determinar lo que constituye una reparación íntegra y apropiada según las circunstancias del caso. Otros instrumentos y mecanismos regionales pueden ofrecer una orientación similar, como la Carta Africana de Derechos Humanos y de los

---

<sup>11</sup> Véase, por ejemplo, el proceso de solución amistosa ofrecido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que proporciona a los Estados y a las personas perjudicadas la posibilidad de encontrar una solución mutuamente aceptable a una violación de los derechos humanos sin recurrir a un procedimiento contencioso.



Pueblos<sup>12</sup>, la Comisión Intergubernamental sobre los Derechos Humanos de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental<sup>13</sup> y la Carta Árabe de Derechos Humanos.

12. Las decisiones de varios órganos creados en virtud de tratados, como el Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura, también proporcionan una orientación útil para evaluar los parámetros y el alcance apropiado de la reparación que debe concederse, sobre la base del instrumento correspondiente<sup>14</sup>.

13. La legislación nacional y las decisiones judiciales nacionales son asimismo relevantes para este tema en la medida en que también pueden regular la reparación debida a las personas físicas por violaciones del derecho internacional. En este sentido, son igualmente relevantes los programas nacionales de reparación para víctimas de violaciones del derecho internacional de los derechos humanos. Estos programas pueden basarse en la labor de las “comisiones de la verdad”, a las que se ha recurrido especialmente en América Latina y África.

14. En cuanto a las violaciones del derecho internacional humanitario, una de las principales dificultades con que se encuentran las víctimas es que no existe un foro especializado para interponer denuncias contra el Estado responsable. No obstante, las víctimas de violaciones del derecho internacional humanitario pueden denunciar violaciones del derecho internacional de los derechos humanos ocurridas en el contexto de un conflicto armado o de situaciones de emergencia ante mecanismos competentes en materia del derecho internacional de los derechos humanos. En tales casos, esos órganos pueden aplicar las normas pertinentes del derecho internacional humanitario como *lex specialis*.

15. Además, en muchos tratados de paz, el Estado infractor paga al Estado lesionado una suma global a fin de que este la distribuya entre sus nacionales afectados por violaciones del derecho internacional humanitario o de otros ámbitos del derecho. Para decidir en este tipo de casos también se han creado órganos *ad hoc*, que normalmente adoptan la forma de comisiones mixtas de reclamaciones. Algunos ejemplos recientes son la Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía y la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas, un órgano subsidiario del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas encargado de decidir sobre las reclamaciones derivadas de la invasión ilegal de Kuwait por el Iraq, incluidas las presentadas por particulares.

16. En este proyecto se examinarán también las diferencias relevantes que existen en el ámbito de las reparaciones entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Esto incluye, entre otras cosas, práctica de los Estados, tratados y decisiones y recomendaciones de organizaciones internacionales, cortes y tribunales y diversos órganos de vigilancia en relación con el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, en particular en ámbitos relacionados con situaciones de emergencia. Esta sinopsis de la práctica relativa a la reparación a las personas físicas pone de manifiesto no solo su creciente importancia, sino también la gran diversidad de formas en que los Estados y los órganos decisorios competentes han abordado la cuestión de la reparación a las personas físicas por violaciones del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos.

---

<sup>12</sup> El artículo 7, párrafo 1, dice lo siguiente: “el derecho a someter a los tribunales nacionales competentes todo acto que vulnere los derechos fundamentales que le son reconocidos y garantizados por las convenciones, leyes, reglamentos y costumbres en vigor”.

<sup>13</sup> Véase *ASEAN Intergovernmental Commission on Human Rights*, *Human Rights in ASEAN* (consultado por última vez el 2 de junio de 2019 a las 16.53 horas), que puede consultarse en <https://humanrightsinasean.info/asean-intergovernmental-comission-human-rights/about.html> (en que se explica que, aunque el mandato de la Comisión Intergubernamental de la ASEAN sobre los Derechos Humanos no autoriza explícitamente la recepción e investigación de denuncias de violaciones de los derechos humanos, el órgano intergubernamental parece estar avanzando en la dirección de las investigaciones, basándose en el hecho de que se han aceptado seis denuncias desde 2012).

<sup>14</sup> El razonamiento de estos órganos es importante para la formación de principios generales sobre la delimitación de derechos humanos específicos, especialmente en ausencia de tratados o de legislación nacional aplicables.

Así pues, el examen de este tema por la Comisión contaría con un fundamento sólido en la práctica existente para ofrecer orientaciones útiles a los Estados y a los órganos decisorios, mediante la extracción de principios generales con objeto de aumentar la coherencia y la legitimidad en este campo.

## II. Alcance del tema

17. Teniendo en cuenta las diferentes y variadas fuentes de práctica disponibles, podría ser útil proporcionar orientación a los Estados en el ámbito de la reparación a las personas físicas por daños causados por violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Las normas primarias de derecho internacional y los hechos que constituyen incumplimientos de obligaciones internacionales quedarían fuera del alcance del tema propuesto, que tiene por objeto abordar las normas secundarias de derecho internacional, a saber, las consecuencias de las contravenciones de las normas primarias y los criterios que deben considerarse para proporcionar una reparación adecuada a las personas físicas. La distinción entre normas primarias y secundarias no es ajena a la Comisión en el ámbito de la responsabilidad del Estado, en particular en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (“artículos sobre la responsabilidad del Estado”), que son una referencia esencial para este tema (véanse los párrafos 19 y 20). No obstante, cuando sea pertinente para el tema, se considerará la interrelación entre las normas primarias y secundarias.

18. El alcance del tema se limita a la reparación debida a las personas físicas, o los grupos de personas físicas<sup>15</sup>, por perjuicios causados por violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y por violaciones graves del derecho internacional humanitario, y queda fuera de dicho alcance la reparación a las empresas u otras personas jurídicas. No obstante, ello no significa que las normas identificadas por la Comisión en su labor sobre el tema de la reparación a las personas físicas en estos ámbitos no puedan ser útiles para otros temas en el futuro<sup>16</sup>.

19. En el tema se abordará principalmente la cuestión de la reparación desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado, sin centrarse en la responsabilidad que puedan tener otros actores a nivel nacional o internacional. Los artículos sobre la responsabilidad del Estado, aprobados por la Comisión en 2001, constituyen una base esencial.

20. No obstante, aunque en el artículo 34 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado se recoge el deber de reparación íntegra<sup>17</sup>, la cuestión de la reparación a las personas físicas no fue abordada por la Comisión al tratar ese tema. Es importante señalar que en el párrafo 2 del artículo 33 se hace referencia al contenido de la responsabilidad del Estado, y se afirma explícitamente que la segunda parte de los artículos se entiende “sin perjuicio de cualquier derecho que la responsabilidad internacional del Estado pueda generar

<sup>15</sup> La posibilidad de la reparación colectiva ha sido prevista en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por ejemplo, en el caso *Comunidad Awas Tingni Mayagna (Sumo) Vs. Nicaragua* (fondo, reparaciones y costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001), que puede consultarse en [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_79\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_ing.pdf); véase también Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, que en la regla 97 establece que “la Corte podrá conceder una reparación individual o, cuando lo considere procedente, una reparación colectiva o ambas”; en 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, de 2005, también se reconoce (párrafo 13) la posibilidad de reparación colectiva.

<sup>16</sup> Aunque el tema propuesto se limita a las obligaciones derivadas de las violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y las violaciones graves del derecho internacional humanitario, el resultado de la labor de la Comisión sobre este tema puede influir en otras esferas del derecho internacional en que, ante violaciones de los derechos de las personas, se invoca la responsabilidad de los Estados de reparar, como el derecho internacional de las inversiones, el derecho internacional del medio ambiente y el derecho mercantil internacional.

<sup>17</sup> *Ibid.*, art. 34 (“La reparación íntegra del perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito adoptará la forma de restitución, de indemnización y de satisfacción, ya sea de manera única o combinada, de conformidad con las disposiciones del presente capítulo”).

directamente en beneficio de una persona o de una entidad distinta de un Estado”. Así pues, si bien en el marco de ese tema no se examinaba la reparación que podía corresponder directamente a las personas físicas por violaciones del derecho internacional, se reconocía que la segunda parte se entendía sin perjuicio de la reparación debida a las personas físicas. Por tanto, el presente tema complementaría la labor realizada por la Comisión en los artículos sobre la responsabilidad del Estado<sup>18</sup>.

21. La inclusión de este tema en el programa de trabajo de la Comisión constituiría una oportunidad tanto para la codificación como para el desarrollo progresivo del derecho internacional. En particular, permitiría a la Comisión analizar la manera en que los Estados, las organizaciones internacionales y las cortes y tribunales internacionales han abordado la cuestión de la reparación a las personas físicas, así como las normas y principios que siguen a la hora de tomar sus decisiones. En consecuencia, para proseguir con su labor sobre el tema, la Comisión tendría que examinar las disposiciones de tratados y normas de derecho internacional consuetudinario pertinentes, así como la manera en que han sido interpretadas y aplicadas en la práctica. También podría permitir a la Comisión identificar los mejores métodos de reparación a las personas físicas y los que cuentan con mayor aceptación a fin de proporcionar orientaciones útiles sobre ese particular a los Estados. Huelga decir que las propuestas de desarrollo progresivo solo tendrían carácter prospectivo y no reflejarían obligaciones jurídicas. Además, este proyecto se refiere a normas jurídicas secundarias, de modo que las normas primarias se abordarían únicamente en caso necesario. Por consiguiente, en este tema no se cuestionará el principio de la aplicación intertemporal del derecho. Es importante señalar que el deber de reparación a las personas físicas, así como su alcance, dependen de la existencia de una norma jurídica válida que genere dicho deber y su contenido.

22. Asimismo, un análisis exhaustivo proporcionaría un panorama general de las normas existentes y ayudaría a identificar los principales problemas que surgen en su aplicación, las limitaciones a las que se enfrentan los Estados en ese terreno y los diferentes métodos que han desarrollado los Estados para proporcionar reparación a las personas físicas. En este sentido, el resultado del trabajo efectuado sobre el tema ofrecería una buena oportunidad para codificar las normas existentes, así como para formular propuestas con miras al desarrollo progresivo del derecho. La labor de la Comisión sobre este tema no iría en detrimento de regímenes jurídicos más favorables en materia de reparaciones establecidos a nivel nacional, regional o internacional.

### III. Posibles cuestiones que habría que abordar

23. Como se explica en los párrafos anteriores, este tema se centra en las normas secundarias relacionadas con la reparación a las personas físicas por violaciones del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos. En consecuencia, la Comisión podría abordar, entre otras, las siguientes cuestiones específicas:

- a) Las diferentes formas de reparación (por ejemplo, restitución, indemnización y satisfacción, y garantías de no repetición, entre otras), su definición y sus propósitos principales;
- b) El grado de flexibilidad que tienen los Estados a la hora de elegir entre diferentes formas de reparación;

<sup>18</sup> En la conmemoración del 70º aniversario de la Comisión, el Sr. Abdulqawi Ahmed Yusuf, Presidente de la Corte Internacional de Justicia, observó la necesidad de abordar de manera más amplia la situación de la persona en el derecho internacional. Reconoció que, si bien “algunos elementos de la labor de la Comisión reconocen que las personas pueden ostentar derechos en virtud del derecho internacional, por ejemplo, el artículo 33, párrafo 2, de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, la Comisión solo ha reconocido como práctica recomendada, en el marco de los artículos sobre la protección diplomática, el importante hecho de que la reparación debe recaer directamente en la persona cuando se hayan vulnerado sus derechos”. Véase Abdulqawi A. Yusuf, discurso inaugural en el 70º aniversario de la Comisión de Derecho Internacional, Ginebra (Suiza) (5 de julio de 2018), que puede consultarse en [http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/sessions/70/pdfs/english/key\\_address\\_5july2018.pdf&lang=E](http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/sessions/70/pdfs/english/key_address_5july2018.pdf&lang=E).

- c) La idoneidad de ciertas formas de reparación, dependiendo de las circunstancias;
- d) Las circunstancias pertinentes que deben considerarse al determinar el tipo de reparación que hay que dar;
- e) El papel que desempeña el principio de proporcionalidad a la hora de determinar el tipo y el alcance de la reparación;
- f) La conveniencia de una reparación individual, colectiva o de ambas;
- g) El principio de subsidiariedad de los mecanismos internacionales y las obligaciones de procedimiento de los Estados. Por ejemplo, el establecimiento de mecanismos de denuncia a disposición de los particulares a nivel nacional y la previsión de garantías procesales efectivas;
- h) El establecimiento de arreglos amistosos y sistemas de reparación *ad hoc*.

#### IV. Resultado de la labor

24. En cuanto a las posibles formas que podría adoptar la labor sobre este tema, estaría especialmente indicado presentar los resultados de ella en un “proyecto de directrices” o un “proyecto de principios”, pues ello permitiría a la Comisión identificar y aplicar normas existentes y considerar el desarrollo progresivo, además de proponer las mejores prácticas a la luz de los problemas existentes.

25. Un proyecto de directrices resulta apropiado para una serie de normas o prácticas recomendadas que no sean vinculantes. En este contexto, la Comisión ha explicado que se emplea la palabra “directrices” cuando la labor sobre el tema no tiene por objeto elaborar un instrumento vinculante, sino una “caja de herramientas” que permita a los Estados encontrar respuestas a cuestiones prácticas<sup>19</sup>. Por tanto, para este tema resultaría apropiado un proyecto de directrices, ya que su finalidad sería aclarar normas secundarias y proponer las mejores prácticas, cuando proceda.

26. La Comisión también ha entendido que un proyecto de principios incluye disposiciones no vinculantes, que son asimismo de carácter general. En este sentido, si la Comisión prefiere elegir un proyecto de principios como resultado de la labor sobre el tema, sería útil identificar una serie de criterios generales y normas comunes junto con algunos elementos progresivos.

27. No obstante, también podrían considerarse otras formas para plasmar la labor sobre el tema, teniendo en cuenta las opiniones de la Comisión y las sugerencias y argumentos de los Estados en la Sexta Comisión de la Asamblea General.

#### V. Conclusión

28. Para la selección de nuevos temas en su programa de trabajo a largo plazo, la Comisión se guía por los siguientes criterios, que acordó en su 50º período de sesiones (1998), a saber: a) el tema ha de reflejar las necesidades de los Estados respecto del desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional; b) el tema debe estar en una etapa suficientemente avanzada en cuanto a la práctica de los Estados para permitir el desarrollo progresivo y la codificación; c) el tema debe ser concreto y viable para el desarrollo progresivo y la codificación, y d) la Comisión no debe limitarse a los temas tradicionales, sino que puede considerar también los que reflejen la evolución del derecho internacional e inquietudes apremiantes de la comunidad internacional en general<sup>20</sup>.

29. El tema de la reparación a las personas físicas por violaciones manifiestas del derecho internacional de los derechos humanos y por violaciones graves del derecho internacional humanitario reúne las condiciones para la selección de un nuevo tema en el programa de trabajo a largo plazo. Como se ha señalado anteriormente, la práctica de los

<sup>19</sup> Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, “Methods of work”, que puede consultarse en <http://legal.un.org/ilc/methods.shtml> (última consulta realizada el 30 de mayo de 2019).

<sup>20</sup> *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1997*, vol. II, segunda parte, pág. 72, párr. 238.

Estados es considerable y hay una serie de normas y principios que han surgido a través de órganos judiciales, *ad hoc* y creados en virtud de tratados. No obstante, se requiere la codificación y el desarrollo progresivo de esas prácticas para proporcionar orientación a la comunidad internacional sobre los principios, el contenido y los procedimientos relacionados con la reparación debida a las personas físicas por violaciones del derecho internacional. Dada la abundancia de práctica de los Estados y de decisiones judiciales disponibles, el tema de la reparación a las personas físicas por violaciones del derecho internacional está listo para ser abordado y se presta al desarrollo progresivo y la codificación.

## VI. Bibliografía

### Case-Law

Ahmadou Sadio Diallo (Guinea v. Democratic Republic of the Congo) (Judgment on Compensation) [2012] ICJ Reports 324.

———. Separate Opinion of J. Cançado Trindade.

———. Declaration of J. Greenwood.

Assanidze v. Georgia, 2004-II Eur. Ct. H.R. 221.

Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), [2004] ICJ Reports 12.

Awas Tingni Mayagna (Sumo) Community v. Nicaragua (Merits, Reparations, and Costs), Inter-American Court of Human Rights (2001), available at [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_79\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_ing.pdf).

Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua (Merits, Reparations, and Costs) Inter-American Court of Human Rights (2001).

Chiragov and Others v. Armenia, App. No. 13216/05, Eur. Ct. H.R. 33 (2015), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-155353>.

Corfu Channel (United Kingdom v. Albania) (Assessment of the Amount of Compensation Due from the People's Republic of Albania to the United Kingdom) (Judgment) [1949] ICJ Reports 244.

Democratic Republic of the Congo v. Burundi, Rwanda and Uganda (2004) AHRLR 19 (ACHPR 2003).

Dzemajl and Others v. Yugoslavia, CAT/C/29/D/161/2000 (2002).

Factory at Chorzów (Germany v. Poland) (Claim for Indemnity) (Merits), PCIJ Series A No 17 (1927).

———. (Jurisdiction) PCIJ Series A No 9 (1927).

Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia) [1997] ICJ Reports 7.

Gonzales Llui et al. v. Ecuador, Inter-Am. Ct. H.R. Preliminary objections, merits, reparations and costs, (Sept. 1 2015) [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_298\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_ing.pdf).

Greens and M.T. v. the United Kingdom, Eur. Ct. H.R. 98, 115 (2010).

Hassan v. the United Kingdom, App. 29750/09, Eur. Ct. H.R. (Sept. 16, 2014).

Hirst (n° 2) v. the United Kingdom, Eur. Ct. H.R. 58-61, 69-71 (2005).

Jose Isabel Salas Galidno and Others v. United States, IACommHR, Case 10.573, Report No. 121/18 (Oct. 5, 2018).

Juan Carlos Abella v. Argentina, IACommHR, Case 11.137, Report No. 55/97 (Nov. 18, 1997).

Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece Intervening) (Judgment) [2012] ICJ Reports 99.

Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), (J. Yusuf, dissenting) [2012] ICJ Reports 99.

Jurisdiction of the Courts of Danzig (Pecuniary Claims of Danzig Ry. Officials who have passed into the Polish Serv. Against the Polish Rys. Admin.), Advisory Op. (1928) P.C.I.J. Series B, no. 15.

Lagrand (Germany v. United States of America) (Judgment) [2001] ICJ Reports 466.

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Advisory Opinion) [2004] ICJ Reports 136.

Malawi Africa Association, Amnesty International, Ms Sarr Diop, Union interafricaine des droits de l'Homme and RADDHO, Collectif des veuves et ayants-Droit, Association mauritanienne des droits de l'Homme v. Mauritania, Communication Nos. 54/91, 61/91, 98/93, 164/97 a 196/97, African Commission on Human and Peoples' Rights, (May 11, 2000), [http://www.achpr.org/files/sessions/27th/comunications/54.91-61.91-96.93-98.93-164.97\\_196.97-210.98/achpr27\\_54.91\\_61.91\\_96.93\\_98.93\\_164.97\\_196.97\\_210.98\\_eng.pdf](http://www.achpr.org/files/sessions/27th/comunications/54.91-61.91-96.93-98.93-164.97_196.97-210.98/achpr27_54.91_61.91_96.93_98.93_164.97_196.97_210.98_eng.pdf).

Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations (Advisory Opinion) [1949] ICJ Reports 174.

### Books

Amezcu-Noriega, Octavio. *Reparation Principles Under International Law and Their Possible Application by the International Criminal Court: Some Reflections*. Reparations Unit, Briefing Paper No. 1. University of Essex Transnational Justice Network, 2011.

Amsterdam International Law Clinic, and Center for Civilians in Conflict. *Monetary Payments for Civilian Harm in International and National Practice*. Amsterdam: University of Amsterdam, 2013, available at <http://civiliansinconflict.org/resources/pub/valuation-of-life>.

Association for the Prevention Against Torture and Center for Justice and International Law. *Torture in International Law: A Guide to Jurisprudence*, APT and CEJIL, 2008.

Binder, Christina, Hofbauer, Jane A., Piovesan, Flavia, Steiner, Anna-Zoe, and Steiner, Elisabeth, editors. *Social Rights in the Case Law of Regional Human Rights Monitoring Institutions: The European Court of Human Rights, the Inter-American Court of Human Rights and the African Commission on Human and Peoples' Rights*. NWV Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wien Graz, 2016.

Brownlie, Ian. *State Responsibility*. System of the Law of Nations / Ian Brownlie. Oxford: Clarendon Press, Oxford University Press, 1983.

Bassiouni, Cherif. *International Criminal Law: International Enforcement*. 3rd ed., Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

Cançado Trindade, A.A. *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, Brill/Nijhoff, vol. 1, 2006.

Crawford, James, ed. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

De Greiff, Pablo, ed. *The Handbook of Reparations*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

du Plessis, Max, and Stephen Pete, eds. *Repairing the Past?: International Perspectives on Reparations for Gross Human Rights Abuses*. Series on Transitional Justice v. 1. Antwerpen: Intersentia, 2007.

Erasmus, Gavin M. *Compensation for Expropriation: A Comparative Study*. Oxford: Jason Reese & United Kingdom National Committee of Comparative Law, 1990.

Evans, Christine. *The Right to Reparation in International Law for Victims of Armed Conflict*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.



- García Amador, F. V. *The Changing Law of International Claims*. New York: Oceana, 1984.
- Gray, Christine D. *Judicial Remedies in International Law*. Oxford Monographs in International Law. Oxford: Clarendon Press, Oxford University Press, 1987.
- Grossman, Claudio, et al. *International Law and Reparations: The Inter-American System*. Clarity Press, Inc., 2018.
- Henckaerts, Jean-Marie and Doswald-Beck, Louise. *Customary International Humanitarian Law: Rules*, Cambridge, 3rd. ed., 2009.
- Hoogh, André de. *Obligations Erga Omnes and International Crimes: A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States*. The Hague: Kluwer Law International, 1996.
- Howard-Hassmann, Rhoda E., and Anthony P. Lombardo. *Reparations to Africa*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2008.
- Larsson, Marie-Louise. *The Law of Environmental Damage: Liability and Reparation*. Stockholm Studies in Law v. 1. The Hague: Kluwer Law International, 1999.
- Lillich, Richard B., ed. *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*. Virginia Legal Studies. Charlottesville: University Press of Virginia, 1983.
- Lillich, Richard B., Daniel Barstow Magraw, and David J. Bederman, eds. *The Iran-United States Claims Tribunal: Its Contribution To the Law of State Responsibility*. Irvington-on-Hudson, N.Y: Transnational Publishers, 1998.
- Miller, Jon, and Rahul Kumar, eds. *Reparations: Interdisciplinary Inquiries*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Nikièma, Suzy H. *IISD Best Practices: Compensation for Expropriation*. The International Institute for Sustainable Development, 2013. <https://www.iisd.org/library/best-practice-compensation-expropriation>.
- Randelzhofer, Albrecht, and Christian Tomuschat, eds. *State Responsibility and the Individual: Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*. The Hague: M. Nijhoff Publishers, 1999.
- Ratner, Steven R., Jason S. Abrams, and James L. Bischoff. *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Sarkin-Hughes, Jeremy. *Colonial Genocide and Reparations Claims in the 21st Century: The Socio-Legal Context of Claims Under International Law by the Herero Against Germany for Genocide in Namibia, 1904-1908*. PSI Reports. Westport, Conn.: Praeger Security International, 2009.
- Shelton, Dinah. *Remedies in International Human Rights Law*. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- Wolfrum, Reudiger., Christine. Langenfeld, Petra. Minnerop, and Germany. Umweltbundesamt. *Environmental Liability in International Law: Towards a Coherent Conception*. Berichte / Umweltbundesamt ; 2/05; Berichte (Germany. Umweltbundesamt) ; 2005/2. Berlin: Erich Schmidt, 2005.

### Chapters in Books

- Brownlie, Ian. to Robert. Jennings. "Remedies in the International Court of Justice," in *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, edited by Vaughan Lowe and Malgosia. Fitzmaurice, 557–66. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

Cançado Trindade, A.A. “Genesis and Evolution of the State’s Duty to Provide Reparation for Damages to Rights Inherent to the Human Person.” *L’homme et le droit. En hommage au Professeur Jean-François Flauss*. Edited by E. Lambert Abdelgawad et al., Pédone, 2014, 145-179.

Prefácio. *As Reparações às Vítimas no Tribunal Penal Internacional*, by Thomaz F. S. de Araújo Santos, 2011, 9-16.

“Rehabilitation of Victims: Reflections on Some Issues Raised in the Case Belgium versus Senegal (2013) Adjudicated by the International Court of Justice.” *Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano - 2013*, Secretaría General de la OEA, vol. XL, 2014, 85-151.

Fleck, Dieter. to Knut Ipsen. “Individual and State Responsibility for Violations of Ius in Bello: An Imperfect Balance,” in *International Humanitarian Law Facing New Challenges: Symposium in Honour of Knut Ipsen*, edited by Wolff Heintschel von Heinegg and Volker Epping, 171–206. Berlin: Springer, 2007.

Hein, L. “War Compensation: Claims Against the Japanese Government and Japanese Corporations for War Crimes,” in *Politics and the Past: On Repairing Historical Injustices*, edited by John Torpey, 127–48. World Social Change; World Social Change. Lanham, Md.: Rowman & Littlefield Publishers, 2003. Table of contents available at <http://swbplus.bsz-bw.de/bsz104540893inh.htm>.

Hofmann, Rainer. “Can Victims of Human Rights Violations Claim Damages?” in *A Wiser Century?: Judicial Dispute Settlement, Disarmament and the Laws of War 100 Years After the Second Hague Peace Conference*, edited by Thomas Giegerich and Ursula E. Heinz, 323–32. Berlin: Duncker & Humblot, 2009.

Jennings, Robert Y. “The Proper Work and Purposes of the International Court of Justice.” In *The International Court of Justice: Its Future Role After Fifty Years*, edited by Sam Muller, D. Rai, and J. M. Thuránszky, 33–45. The Hague: M. Nijhoff, 1997.

Lee, L.T., and Ronald St. J. Macdonald. “The Right of Victims of War to Compensation.” In *Essays in Honor of Wang Tieya*, 489–96. Dordrecht: M. Nijhoff Publishers, 1994.

D. Nanopoulos. “La reconnaissance du bénéfice de l’indemnisation aux victimes de violations des droits de l’homme par la Cour internationale de Justice.” *The Protection of Non-Combatants During Armed Conflict and Safeguarding the Rights of Victims in Post-Conflict Society*, edited by Philipp Ambach et al., Brill/Nijhoff, 2015, 428-54.

## Articles

Amezcu-Noriega, Octavio. “Reparation Principles Under International Law and Their Possible Application by the International Criminal Court: Some Reflections,” *University of Essex Transnational Justice Network*, Reparations Unit, Briefing Paper No. 1 (2011).

Bank, Roland, and Elke Schwager. “Is There a Substantive Right to Compensation for Individual Victims of Armed Conflicts Against a State Under International Law?” *German Yearbook of International Law* 49 (2006): 367–412.

Bassiouni, Cherif. “International Recognition of Victims’ Rights.” *Human Rights Law Review* 6 (2006): 231.

Buxbaum, Richard M. “A Legal History of International Reparations.” *Berkeley Journal of International Law* 23, no. 2 (2005): 314–46.

Cançado Trindade, A.A. “El Deber del Estado de Proveer Reparación por Daños a los Derechos Inherentes a la Persona Humana: Génesis, Evolución, Estado Actual y Perspectivas.” *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, fascículo 10 - n. especial, 2013, 18-43.

“Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a Su Jurisprudencia en Materia de Reparaciones.” *Revista de Derecho Vox Juris – Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres*, Vol. 21, 2001, 53-72.



- Crawford, James. "Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts." *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, 2001, available at <http://legal.un.org/avl/ha/rsiwa/rsiwa.html>.
- de Zayas, Alfred. "The Principle of Reparation in International Law and the Armenian Genocide." *Genocide Prevention Now* no. 8 (2011). <http://www.ihgilm.com/wp-content/uploads/2016/01/PRINCIPLE-OF-REPARATION.pdf>.
- Dolzer, Rudolf. "The Settlement of War-Related Claims: Does International Law Recognize a Victim's Private Right of Action? Lessons After 1945." *Berkeley Journal of International Law* 20, no. 1 (2002): 296–341.
- Gillard, Emanuela-Chiara. "Reparation for Violations of International Humanitarian Law," 85 *International Rev. Red Cross*, 529 (2003).
- Graefrath, Bernard. "Responsibility and Damages Caused: Relationship Between Responsibility and Damages." *Recueil Des Cours* 185 (1984): 9–149.
- Hofmann, Rainer. "Compensation for Personal Damages Suffered During World War II." *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013. Oxford.
- "Compensation for Victims of War: Substantive Issues -- Do Victims of Armed Conflicts Have an Individual Right to Reparation?" *International Law Association: Report of Conference 2006* (2006): 766–83.
- Kalshoven, Frits. "State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces." *International and Comparative Law Quarterly* 40, no. 4 (October 1991): 827–58.
- Keller, Linda M. "Seeking Justice at the International Criminal Court: Victim's Reparations." *Thomas Jefferson Law Review* 29, no. 2 (2007): 189–217.
- Klein, Natalie. "State Responsibility for International Humanitarian Law Violations and the Work of the Eritrea Ethiopia Claims Commission So Far," 47 *German Yearbook of International Law*, 214 (2004).
- Menon, P.K. "The International Personality of Individuals in International Law: A Broadening of the Traditional Doctrine." *Journal of Transnational Law and Policy* 1 (1992): 151–82.
- Roht-Arriaza, Naomi. "Reparations Decisions and Dilemmas." *Hastings International and Comparative Law Review* 27, no. 2 (2004): 157–219.
- Ronzitti, N. "Compensation for Violations of the Law of War and Individual Claims." *Italian Yearbook of International Law* 2002 (2003): 39.
- Schwager, E. "The Right to Compensation for Victims of an Armed Conflict." *Chinese Journal of International Law* 4 (2005): 417–39.
- Shelton, Dinah L. "Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States) 43 ILM 581 (2004)." *The American Journal of International Law* 98, no. 3 (2004): 559–66. doi:10.2307/3181646.
- "Reparations." *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015. Oxford.
- "Righting Wrongs: Reparations in the Articles on State Responsibility." *American Journal of International Law* 96, no. 4 (October 2002): 833–56.
- Sveaass, Nora, et al. "Rehabilitation in Article 14 of the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment." *The International Lawyer* 51, no. 1 (2018): 1–24.
- Tomuschat, Christian. "Reparation for Victims of Grave Human Rights Violations." *Tulane Journal of International and Comparative Law* 10 (2002): 157–84.
- Vagts, Detlev F., and Peter Murray. "Litigating the Nazi Labor Claims: The Path Not Taken." *Harvard International Law Journal* 43, no. 2 (2002): 503–30.

Wisembaker, Jr., Reginald C. "Muslim Community Reparations." *Savannah Law Review* 2 (2015): 391–458.

Wittich, Stephan. "Non-Material Damage and Monetary Reparation in International Law." *Finnish Yearbook of International Law* 2004 (2004): 321–68.

### Documents

African Charter on Human and Peoples' Rights, entered into force Jan. 25, 2005.

African Commission on Human and Peoples' Rights. "General Comment No. 4 on the African Charter on Human and Peoples' Rights: The Right to Redress for Victims of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Punishment or Treatment (Article 5)," February 23 to March 4, 2017.

Agreement Between the Government of the Federal Democratic Republic of Ethiopia And the Government of the State of Eritrea, Article 5, United States Institute of Peace, Peace Agreements Digital Collection, available at [https://www.usip.org/sites/default/files/file/resources/collections/peace\\_agreements/eritrea\\_ethiopia\\_12122000.pdf](https://www.usip.org/sites/default/files/file/resources/collections/peace_agreements/eritrea_ethiopia_12122000.pdf).

Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on their Destruction, Art. 6.3, (Sept. 18, 1997).

Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, entered into force Jan. 8, 2014.

ECOSOC Res 2005/35 "Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law," Commission on Human Rights Resolution 2005/35, UN Doc. E/CN.4/RES/2005/35 (Apr. 19, 2005).

European Convention on Human Rights, entered into force March 9, 1953.

"General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina," Dayton, initialled on 21 Nov. 1995 and Paris, signed on 14 Dec. 1995, Annex 7, Agreement on Refugees and Displaced Persons.

Geneva Conventions of Aug. 12, 1949, Additional Protocol I (June 8, 1977).

Guidelines and Measures for the Prohibition and Prevention of Torture, Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Africa (Robben Island Guidelines) (2002), available at <http://www.achpr.org/mechanisms/cpta/robben-island-guidelines/>.

Hague Convention IV, Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land, (Oct. 18, 1907).

Hague Convention XII, Convention Relative to the Creation of an International Prize Court, (Oct. 18, 1907).

International Committee of the Red Cross. "Rules of Customary International Law," Rule 150 (2005), available at [https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1\\_rul\\_rule150](https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule150).

International Law Association, 'Resolution No 2/2010 on Reparation for Victims of Armed Conflict'. <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1018> (2 February 2013).

Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of the African Court on Human and Peoples' Rights, entered into force Jan. 25, 2004.

UNGA Res 60/147 'Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law' (16 December 2005) GAOR 60th Session Supp 49 Vol 1, 354.

"Draft Articles on Crimes Against Humanity, with commentaries," A/72/10 (2017).

"Draft Articles on Diplomatic Protection," GAOR 58th Session, UN Doc. A/61/10, p. 16 (2006).

“Draft Articles on Diplomatic Protection, with commentaries,” Yearbook of the International Law Commission, 2006, vol. II, Part Two, UN Doc. [A/CN.4/SER.A/2006/Add.1](#) (Part 2).

## Anexo C

### Prevención y represión de la piratería y el robo a mano armada en el mar

Sr. Yacouba Cissé

#### I. Introducción

1. Por piratería marítima suele entenderse todo acto de violencia, detención o depredación cometido con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado contra otro buque, incluidas las personas o bienes a bordo de él, en alta mar<sup>1</sup>. La piratería marítima comenzó en la antigüedad y, desde que surgió el derecho de gentes, se ha considerado un delito internacional. De hecho, puede decirse que la piratería en el mar es tan antigua como la propia navegación marítima<sup>2</sup>.

2. Lamentablemente, en la actualidad la piratería marítima está resurgiendo a un ritmo sin precedentes en la historia, como ponen de manifiesto los actos de piratería cometidos en el océano Índico frente a las costas de Somalia, el golfo de Guinea, los estrechos de Singapur y Malaca, la Península Arábiga, el Caribe, Célebes, Java, el mar Amarillo del Norte, el mar de China Meridional y la bahía de Bengala<sup>3</sup>. Lejos de ser una réplica del pasado, la piratería ha reaparecido adoptando formas nuevas y más violentas, ya que ahora los piratas están mejor organizados, mejor equipados y más armados<sup>4</sup>. En su informe de octubre de 1997<sup>5</sup> sobre los océanos y el derecho del mar, el Secretario General de las Naciones Unidas alertó a la comunidad internacional sobre la gravedad de la piratería y el robo a mano armada en el mar. Ese tipo de robo y de delincuencia violenta va acompañado de muchos otros actos ilícitos conexos, como el terrorismo marítimo<sup>6</sup>, la corrupción, el blanqueo de dinero, la vulneración del derecho internacional de los derechos humanos, la pesca ilegal, el vertido ilícito de desechos y sustancias tóxicas en los mares y océanos, la trata de personas y el tráfico de drogas<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Véase Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, 10 de diciembre de 1982 [CNUDM], Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1833, pág. 3, arts. 100 a 107.

<sup>2</sup> Jane G. Dalton, J. Ashely Roach y John Daley, "Introductory Note to United Nations Security Council: Piracy and Armed Robbery at Sea – Resolutions 1816, 1846 & 1851", *ILM* (2009), vol. 48, págs. 129 y ss., en especial pág. 129; Alfred P. Rubin, "The Law of Piracy", *Denver Journal of International Law and Policy* (1987), vol. 15, núms. 2 y 3, pág. 173.

<sup>3</sup> C. Paul Hallwood y Thomas J. Miceli, *Maritime Piracy and Its Control: An Economic Analysis* (New York: Palgrave Macmillan, 2015), págs. 3 y 4; Oficina Marítima Internacional de la Cámara de Comercio Internacional, *Piracy and Armed Robbery Against Ships: Report for the Period 1 January – 31 December 2018*, Londres, enero de 2019.

<sup>4</sup> Jennifer C. Bulkeley, "Regional Cooperation on Maritime Piracy: A Prelude to Greater Multilateralism in Asia?", *Journal of Public and International Affairs* (2003), vol. 14, art. 2, pág. 3; Masataka Okano, "Is International Law Effective in the Fight against Piracy: Lessons from Somalia", *Japanese Yearbook of International Law* (2010), vol. 53, págs. 178 y ss., en especial págs. 179 a 181; Yvonne M. Dutton, "Maritime piracy and the impunity gap: insufficient national laws or a lack of political will", *Tulane Law Review* (2012), vol. 85, núm. 5, págs. 1111 y ss., en especial págs. 1127 a 1130.

<sup>5</sup> Secretario General, informe sobre los océanos y el derecho del mar: derecho del mar, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones, A/52/487* (1997), párr. 374.

<sup>6</sup> Monica Pathak, "Maritime Violence, Piracy at Sea & Marine Terrorism Today", *Windsor Review of Legal and Social Issues* (2005), vol. XX, pág. 65.

<sup>7</sup> Hugh R. Williamson, "New Thinking in the Fight against Marine Piracy: Financing and Plunder Pre-Empting Piracy before Prevention Becomes Necessary", *Case Western Reserve Journal of International Law* (2013), vol. 46, pág. 335; S. Whitman y C. Saurez, "Dalhousie Marine Piracy Project: The Root Causes and True Costs of Marine Piracy" (2012), Marine Affairs Program Technical Report #1.

3. Así pues, actualmente la piratería marítima es una de las principales preocupaciones de la comunidad internacional en general, puesto que esos actos se cometen en todas las zonas marítimas y afectan, en diverso grado, a los intereses de todos los Estados, tanto costeros como sin litoral<sup>8</sup>. Desde el punto de vista de la riqueza y el desarrollo de los Estados, cabe señalar que el 85 % del comercio transita por rutas marítimas<sup>9</sup>, muchas de las cuales están amenazadas por la piratería. Por consiguiente, los Estados del pabellón, los Estados ribereños, los Estados del puerto y otros Estados tratan de combatir todas las formas de piratería marítima en los océanos a fin de proteger a las personas y los intereses económicos, preservar la libertad de navegación y salvaguardar el medio marino de la contaminación marina ilícita y otros actos ilícitos en el mar.

4. El blanco de la piratería en el mar suelen ser los buques privados, por lo que aquella afecta de manera notable a los actores privados<sup>10</sup>. Los miembros de la tripulación de un buque atacado corren el riesgo de ser objeto de detención prolongada<sup>11</sup>, sufrir lesiones o morir. Los propietarios de buques están expuestos al pago de rescates elevados<sup>12</sup> para que los piratas liberen a la tripulación, la carga y el buque. Las compañías de seguros marítimos han de tener en cuenta la posibilidad de actos de piratería, lo que redundaría en un aumento del coste global del transporte marítimo y en la inclusión de cláusulas contra la piratería en los contratos marítimos<sup>13</sup>. La piratería también es motivo de preocupación para las comunidades costeras y las organizaciones internacionales<sup>14</sup>. Dadas las circunstancias, una solución que se consideró apropiada para contribuir a la lucha contra la piratería fue recurrir a empresas privadas, a pesar de la controversia de que son objeto esa estrategia y su fundamentación jurídica en derecho internacional.

5. Las consecuencias, tanto a nivel económico como humano, de la piratería no son nada desdeñables. En 2010, el 26 % de las víctimas de la piratería fueron tomadas como rehenes —lo que representa 1.181 personas de un total de 4.185 víctimas— y el 59 % de los rehenes fueron objeto de violencia en un grado elevado<sup>15</sup>. Se calcula que los costes económicos de los actos de piratería, solo en Somalia, ascienden a una cantidad que oscila entre 1.000 y 16.000 millones de dólares de los Estados Unidos. Esta cifra incluye: un mayor gasto en combustible debido a los cambios de ruta, un aumento del coste de los seguros cifrado en 20.000 dólares por viaje, una menor disponibilidad de buques cisterna y el incremento de las tarifas de fletamiento<sup>16</sup>. Además, los rescates pagados por el propietario o los propietarios de un buque a los piratas han oscilado entre 500.000 y 5,5 millones de dólares, lo que se traduce en un total de cerca de 160 millones de dólares en concepto de rescate por actos de piratería solo en el golfo de Adén<sup>17</sup>. Diez secuestros de buques suponen una reducción de aproximadamente un 11 % de las exportaciones entre

<sup>8</sup> Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, resolución 2039 (2012), sexagésimo séptimo año, 6727ª sesión, S/RES/2039 (2012), preámbulo.

<sup>9</sup> D. Ortolland y J.-P. Pirot (eds.), *Atlas géopolitique des espaces maritimes: frontières, énergie, pêche et environnement* (París: Technip, 2008).

<sup>10</sup> Stormy-Annika Mildner y Franziska Grob, "Piracy and World Trade: The Economic Costs" en Stefan Mair (ed.), *Piracy and Maritime Security: Regional characteristics and political, military, legal and economic implications*, documento de investigación de la Stiftung Wissenschaft und Politik, (Deutsches Institut für Internationale Politik und Sicherheit: Berlín, 2011), págs. 26 a 28.

<sup>11</sup> *Ibid.*, pág. 12.

<sup>12</sup> Hallwood y Miceli, *Maritime Piracy and Its Control*, nota 3 *supra*, págs. 5 y 6.

<sup>13</sup> Véase R. Wright, "Piracy set to escalate shipping costs", *Financial Times*, 20 de noviembre de 2008; Christopher N. Douse, "Combating Risk on the High Sea: An Analysis of the Effects of Modern Piratical Acts on the Marine Insurance Industry", *Tulane Maritime Law Journal* (2010), vol. 35, págs. 267 y ss., en especial págs. 278 a 281.

<sup>14</sup> Véase José Luis Jesus, "International Tribunal for the Law of the Sea" en Jon M. Van Dyke y otros (eds.), *Governing Ocean Resources: New Challenges and Emerging Regime* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2013), págs. 25 y ss., en especial pág. 26.

<sup>15</sup> Torben C. Skaanild, "Piracy: Armed Robbery, Kidnapping, Torture and Murder at Sea" en Maximo Q. Mejia, Chie Kojima y Mark Sawyer (eds.), *Piracy at Sea* (Nueva York: Springer, 2013), págs. 23 y ss., en especial pág. 24; Hallwood y Miceli, *Maritime Piracy and Its Control*, nota 3 *supra*, pág. 4; Whitman y Saurez, "Dalhousie Marine Piracy Project", nota 7 *supra*, pág. 70.

<sup>16</sup> Hallwood y Miceli, *Maritime Piracy and Its Control*, *ibid.*, pág. 5.

<sup>17</sup> Hallwood y Miceli, *Maritime Piracy and Its Control*, *ibid.*, págs. 5 y 6; Whitman y Saurez, "Dalhousie Marine Piracy Project", nota 7 *supra*, pág. 57.

Asia y Europa, lo que representa un coste de 28.000 millones de dólares<sup>18</sup>. Si bien es difícil encontrar estadísticas precisas al respecto, los pescadores sufren una cantidad desproporcionada de ataques (generalmente para robar capturas y equipos valiosos), lo que supone gastos por valor de miles de dólares por pescador y de millones de dólares en el caso de las regiones afectadas<sup>19</sup>. Por último, se calcula que el coste anual de las medidas de seguridad adoptadas por las armadas de la Unión Europea y la OTAN para combatir este fenómeno asciende, respectivamente, a 1.150 y 4.700 millones de dólares en medidas privadas de lucha contra la piratería<sup>20</sup>.

6. Los piratas modernos operan desde bases terrestres y pasan mucho menos tiempo en el mar que los piratas de antaño<sup>21</sup>. Su estrategia habitual es realizar ataques rápidos en pequeñas embarcaciones lanzadas desde buques portadores, de los que los piratas se han apropiado previamente, y luego regresar a refugios en la costa donde reciben protección de clanes locales y sus milicias<sup>22</sup>. Esa protección en tierra dificulta mucho la detección de los piratas, y su éxito a menudo depende de la eficacia de dicha protección. Albergar y proteger a piratas suele ser lucrativo, aunque también arriesgado, y se cree que las comunidades costeras toman esa decisión cuando no existen otras formas de obtener ingresos o estas son muy limitadas<sup>23</sup>. Los piratas actuales no poseen estructuras organizativas complejas, en el sentido de que normalmente tienen un único líder, que exige lealtad absoluta a sus subordinados, y se financian mediante la integración de sus actividades en las economías locales<sup>24</sup>.

7. El derecho internacional relativo a la piratería marítima es abundante, empezando por la práctica de los Estados que, a lo largo del tiempo, ha ido dando lugar a un extenso derecho internacional consuetudinario en ese ámbito. Sobre la base de esa costumbre y, lo que es más importante, del proyecto de investigación de Harvard sobre la piratería<sup>25</sup>, la Comisión de Derecho Internacional, como parte de su labor relativa al derecho del mar<sup>26</sup>, elaboró una serie de disposiciones relacionadas con la piratería que, en última instancia, se convirtieron en los artículos 14 a 21 de la Convención de Ginebra sobre la Alta Mar<sup>27</sup>, que, a su vez, sirvió de base para los artículos 100 a 107 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM)<sup>28</sup>. A nivel mundial han surgido nuevas disposiciones de derecho convencional, principalmente bajo los auspicios de la Organización Marítima Internacional, como el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima, de 1988 (Convenio SUA)<sup>29</sup> y su Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental<sup>30</sup> (y otros protocolos de 2005). Otros tratados universales que no se ocupan específicamente de la piratería también pueden ser pertinentes, como la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, de 1979<sup>31</sup>, el Convenio Internacional

<sup>18</sup> Hallwood y Miceli, *Maritime Piracy and Its Control*, *ibid.*, pág. 6; Whitman y Saurez, “Dalhousie Marine Piracy Project”, *ibid.*, pág. 58.

<sup>19</sup> Whitman y Saurez, “Dalhousie Marine Piracy Project”, *ibid.*, págs. 59 a 61.

<sup>20</sup> Hallwood y Miceli, *Maritime Piracy and Its Control*, nota 3 *supra*, pág. 6.

<sup>21</sup> Hallwood y Miceli, *Maritime Piracy and Its Control*, *ibid.*, pág. 15.

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> *Ibid.*, pág. 16.

<sup>24</sup> *Ibid.*, págs. 16 a 18.

<sup>25</sup> Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law, “Codification of International Law: Part IV: Piracy”, *American Journal of International Law Supplement* (1932), vol. 26, pág. 739.

<sup>26</sup> Comisión de Derecho Internacional, *Report of the International Law Commission on the Work of its Eighth Session, Documentos Oficiales de la Asamblea General, undécimo periodo de sesiones, Suplemento núm. 9, A/3159* (1956), pág. 282.

<sup>27</sup> Convención sobre la Alta Mar, 29 de abril de 1958, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 450, pág. 11.

<sup>28</sup> CNUDM, nota 1 *supra*.

<sup>29</sup> Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima, 10 de marzo de 1988, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1678, pág. 221.

<sup>30</sup> Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental, 10 de marzo de 1988, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1678, pág. 304.

<sup>31</sup> Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, 17 de diciembre de 1979, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1326, pág. 205.

para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar, de 1974, la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Código Internacional para la Protección de los Buques y de las Instalaciones Portuarias (Código PBIP).

8. También se han elaborado numerosos tratados e instrumentos a nivel regional y subregional, como el Acuerdo de Cooperación Regional para Combatir la Piratería y el Robo a Mano Armada contra Buques en Asia<sup>32</sup> (ReCAAP), de 2004, en el que son parte 16 Estados asiáticos<sup>33</sup>. Muchos Estados han aprobado legislación nacional<sup>34</sup> sobre la piratería marítima, lo que ha dado lugar a jurisprudencia relevante de cortes y tribunales nacionales<sup>35</sup> y a excelentes resultados en la prevención y represión de la piratería en determinadas regiones<sup>36</sup>. Posteriormente, se han puesto en marcha otras iniciativas de cooperación subregional para combatir la piratería, entre las que cabe destacar el Código de Conducta de Djibouti relativo a la Represión de la Piratería y el Robo a Mano Armada contra Buques en el Océano Índico Occidental y el Golfo de Adén (Código de Conducta de Djibouti)<sup>37</sup>, aprobado en 2009 bajo los auspicios de la Organización Marítima Internacional (OMI), que cuenta con 9 Estados parte, a saber: Djibouti, Etiopía, Kenya, Madagascar, Maldivas, República Unida de Tanzania, Seychelles, Somalia, y Yemen. En 2013, el Camerún adoptó un segundo código de conducta en la materia, el Código de Conducta relativo a la Represión de la Piratería, el Robo a Mano Armada contra Buques y las Actividades Marítimas Ilegales en África Occidental y Central<sup>38</sup> (un código de conducta del golfo de Guinea que abarca a la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (CEDEAO) y la Comunidad Económica de los Estados de África Central (CEEAC)). Según un estudio, en el primer semestre de 2018, más del 40 % de todos los ataques piratas denunciados en el mundo se produjeron en el golfo de Guinea<sup>39</sup>.

9. Además, el Consejo de Seguridad, ante la gravedad del fenómeno y actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, ha aprobado una serie de resoluciones<sup>40</sup> sobre los actos de piratería marítima cometidos frente a las costas de Somalia

<sup>32</sup> Acuerdo de Cooperación Regional para Combatir la Piratería y el Robo a Mano Armada contra Buques en Asia, 29 de noviembre de 2006, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2398, pág. 199.

<sup>33</sup> Véase Brice Martin-Castex & Guillaume Loonis-Quélen, “L’Organisation maritime internationale et la piraterie ou le vol à main armée en mer : le cas de la Somalie”, *Annuaire français de droit international* (2008), vol. 54, págs. 77 y ss., en especial pág. 86. Ese Acuerdo fue adoptado por iniciativa del Japón y cuenta con los siguientes Estados parte: Bangladesh, Brunei Darussalam, Camboya, Japón, China, India, República de Corea, Indonesia, Laos, Malasia, Myanmar, Filipinas, Singapur, Sri Lanka, Tailandia y Viet Nam.

<sup>34</sup> Véase División de las Naciones Unidas de Asuntos Oceánicos y del Derecho del Mar, *Piracy Under International Law*, que puede consultarse <https://www.un.org/depts/los/piracy/piracy.htm>.

<sup>35</sup> Véase la sección de bibliografía seleccionada sobre el tema del presente informe; el apartado 4 está dedicado a las decisiones de las cortes y tribunales nacionales.

<sup>36</sup> G. Noakes, “Statement on International Piracy before the US House of Representative Committee on Transportation and Infrastructure’s Subcommittee on Coast Guard and Maritime Transportation”, febrero de 2009, que puede consultarse en [www.marad.dot.gov/documents/HOA\\_Testimony-Giles%20Noakes-BIMCO.pdf](http://www.marad.dot.gov/documents/HOA_Testimony-Giles%20Noakes-BIMCO.pdf).

<sup>37</sup> “Código de Conducta de Djibouti relativo a la Represión de la Piratería y el Robo a Mano Armada contra Buques en el Océano Índico Occidental y el Golfo de Adén”, Consejo de la OMI, 102º período de sesiones, anexo 1, C 102/14 (2009).

<sup>38</sup> Código de Conducta relativo a la Represión de la Piratería, el Robo a Mano Armada contra Buques y las Actividades Marítimas Ilegales en África Occidental y Central, 25 de junio de 2013, Yaundé, Camerún, que puede consultarse en [http://www.imo.org/en/OurWork/Security/WestAfrica/Documents/code\\_of\\_conduct%20signed%20from%20ECOECO%20site.pdf](http://www.imo.org/en/OurWork/Security/WestAfrica/Documents/code_of_conduct%20signed%20from%20ECOECO%20site.pdf).

<sup>39</sup> Ministerios de Relaciones Exteriores, de Industria, de Justicia y de Defensa de Dinamarca, *Priority Paper for the Danish Efforts to Combat Piracy and Other Types of Maritime Crime 2019-2022*, pág. 6.

<sup>40</sup> Resoluciones del Consejo de Seguridad sobre la piratería: S/RES/1816 (2008), 6 de noviembre de 2008; S/RES/1838 (2008), 7 de octubre de 2008; S/RES/1846 (2008), 2 de diciembre de 2008; S/RES/1851 (2008), 16 de diciembre de 2008; S/RES/1897 (2009), 30 de noviembre de 2009; S/RES/1918 (2010), 23 de abril de 2010; S/RES/1950 (2010), 23 de noviembre de 2010; S/RES/1976 (2011), 11 de abril de 2011; S/RES/2015 (2011), 24 de octubre de 2011; S/RES/2020 (2011), 22 de noviembre de 2011; S/RES/2018 (2011), 31 de octubre de 2011; S/RES/2020 (2011), 22 de noviembre de 2011; S/RES/2039 (2012), 29 de febrero de 2012; S/RES/2077 (2012), 21 de



y en el golfo de Guinea, así como en varios mares, como el golfo de Adén, los estrechos de Malaca y de Singapur, y en el mar Caribe.

10. No obstante, a pesar de la gran cantidad de legislación internacional, regional y nacional existente, sigue habiendo importantes cuestiones de derecho internacional inciertas o poco tratadas respecto de las cuales convendría que la Comisión de Derecho Internacional llevara a cabo una labor de estudio, codificación y desarrollo progresivo.

11. Para empezar, la Comisión debe tener en cuenta que los aspectos fundamentales del tema de la piratería marítima ya han sido codificados, en particular por la Convención sobre el Derecho del Mar, de 1982, el Convenio SUA y otros tratados. El objetivo de la Comisión no sería tratar de modificar ninguna de las normas establecidas en tratados existentes, sino examinar si los Estados están en posición de cumplir sus obligaciones convencionales y cuál es la mejor manera de hacerlo.

## II. Cuestiones actuales de derecho internacional relacionadas con la piratería y el robo a mano armada en el mar

### A. *Prevención de la piratería en el mar: necesidad de cooperación*

12. Lo ideal sería que, en el cumplimiento de esas obligaciones, los Estados hicieran frente a los elementos que favorecen la piratería, a fin de reducir al mínimo la capacidad de los piratas para actuar en el mar. La Comisión podría analizar medidas de prevención que han dado buenos resultados en otros ámbitos del derecho internacional con objeto de proporcionar orientación a los Estados sobre la manera de cumplir esas obligaciones de prevención.

### B. *Represión de la piratería en el mar: necesidad de establecer leyes y normativas y de aclarar la jurisdicción penal universal con respecto a la piratería en el mar*

13. Evidentemente, prevenir no siempre es posible, y seguirán produciéndose actos de piratería, lo que plantea cuestiones relacionadas con el castigo de las personas que cometen tales actos. Hace tiempo que la piratería viene siendo considerada un delito punible por todos los Estados, aunque no tengan relación directa con los piratas, las víctimas o el lugar en que se cometió el acto delictivo. De hecho, hace mucho que se entiende que los piratas son enemigos de todos los Estados y de toda la humanidad (*hostis humani generis*) y que, por ende, se reconoce que el ejercicio de la competencia nacional respecto de los piratas por parte de cualquier Estado es la primera forma de jurisdicción penal universal, al no permitir que los piratas encuentren refugio en ningún Estado, independientemente de cuál sea su conexión con él<sup>41</sup>.

14. Aun así, los parámetros exactos de esa jurisdicción penal universal con respecto a la piratería no se comprenden bien. La Comisión podría analizar la definición de piratería que figura en la Convención sobre el Derecho del Mar, de 1982, para ayudar a los Estados a comprender el sentido de “piratería” al establecer y ejercer la jurisdicción penal nacional. Además, se podría valorar si los Estados tienen el deber de establecer esa jurisdicción en virtud del derecho internacional convencional o consuetudinario, o simplemente pueden establecerla con arreglo al derecho internacional si así lo deciden.

---

noviembre de 2012; [S/RES/2125 \(2013\)](#), 18 de noviembre de 2013; [S/RES/2383 \(2017\)](#), 7 de noviembre de 2017.

<sup>41</sup> Sandra L. Hodgkinson, “The Governing International Law on Maritime Piracy” en Michael P. Scharf, Michael A. Newton y Milena Sterio (eds.), *Prosecuting Maritime Piracy: Domestic Solutions to International Crimes* (Cambridge: Cambridge University Press, 2015), págs. 13 y ss., en especial págs. 15 a 17; Malcolm D. Evans y Sofia Galani, “Piracy and the Development of International Law” en Panos Koutrakos y Achilles Skordas (eds.), *The Law and Practice of Piracy at Sea: European and International Perspectives* (Londres: Hart Publishing, 2014), págs. 343 y ss., en especial págs. 344 y 345.

C. *Aprobación de legislación penal nacional sobre la piratería en el mar y armonización de dicha legislación*

15. A la luz de las conclusiones a las que se ha llegado en relación con la sección B *supra*, cabe examinar las medidas concretas que los Estados deben o pueden adoptar en su derecho penal interno para establecer y ejercer la jurisdicción respecto de aquellas personas que hayan cometido presuntamente actos de piratería marítima. Esas medidas pueden contribuir a promover la aprobación de legislación nacional de los Estados en este ámbito, así como su armonización, con miras a establecer un régimen de aplicación más eficaz a escala mundial y una mayor cooperación interestatal en ese ámbito.

16. Algunos Estados tal vez puedan ejercer su jurisdicción penal nacional basándose únicamente en la ratificación de las Convenciones de 1958 o de 1982 o incluso en el derecho internacional consuetudinario<sup>42</sup>. No obstante, parece probable que en la mayoría de las jurisdicciones esas bases sean insuficientes y se requiera la promulgación de legislación nacional que tipifique la piratería. Ese requisito puede derivarse del principio *nullem crimen, nulla poena, sine lege*, que significa que no hay delito ni pena sin una ley en vigor<sup>43</sup>. El resurgimiento en 2008 de violentos actos delictivos de piratería marítima frente a las costas de Somalia, en el océano Índico, y en el golfo de Guinea, en el océano Atlántico, puso de manifiesto que en muchos Estados de todos los continentes no había legislación nacional sobre la piratería<sup>44</sup>. Un ejemplo es el de Francia en el caso *Ponant*<sup>45</sup>. Después de capturar a piratas somalíes, Francia tuvo que ponerlos en libertad porque, en ese momento, no contaba con legislación nacional que tipificara los delitos de piratería, y el derecho penal general no bastaba para que los actos de piratería pudieran ser enjuiciados en un tribunal penal francés. No obstante, el de Francia no es un caso aislado. En la actualidad, la mayoría de los Estados africanos tampoco cuentan con legislación sobre la piratería o tienen leyes que se han quedado anticuadas en relación con el derecho internacional contemporáneo sobre esta cuestión<sup>46</sup>.

17. Así pues, la existencia de un derecho penal general en algunos Estados puede no ser suficiente para enjuiciar y reprimir los delitos de piratería. Puede requerirse legislación específica sobre esos delitos o al menos una referencia a la piratería marítima en las disposiciones penales generales a fin de contar con procedimientos penales que permitan enjuiciar a los piratas. Además, los fiscales y jueces nacionales a menudo no poseen los conocimientos técnicos y jurídicos necesarios para abordar de manera efectiva ese delito, que es singular y puede requerir una orientación especial para comprender los elementos que es preciso probar y los tipos de prueba necesarios para demostrar la existencia de esos elementos<sup>47</sup>. Aunque la ratificación de la Convención sobre el Derecho del Mar representa la expresión más clara del consentimiento de los Estados en quedar obligados por el derecho internacional y es un instrumento jurídico necesario, no basta para asegurar el cumplimiento efectivo de las obligaciones de los Estados. Esa observación es igualmente aplicable al derecho internacional consuetudinario relativo a la piratería y a la Convención sobre la Alta Mar, que sigue en vigor para seis Estados. En otras palabras, un Estado no puede reprimir por la vía legal los actos de piratería basándose únicamente en su condición de parte en una de las dos Convenciones en la materia o en el derecho internacional

<sup>42</sup> Dutton, "Maritime piracy and the impunity gap", nota 4 *supra*, págs. 1143 a 1144.

<sup>43</sup> *Ibid.*, pág. 1152.

<sup>44</sup> *Ibid.*, pág. 1116.

<sup>45</sup> Mahinga, Jean-Grégoire, "L'affaire du Ponant", *Revue de droit des transports*, núm. 7 (2008), pág. 10; Philippe Chapleau y Jean-Paul Pancracio, *La piraterie maritime : Droit, pratiques et enjeux* (París: Vuibert, 2014), págs. 106 y 107.

<sup>46</sup> División de Asuntos Oceánicos y del Derecho del Mar de las Naciones Unidas, *National Legislation on Piracy*, que puede consultarse en [https://www.un.org/depts/los/piracy/piracy\\_national\\_legislation.htm](https://www.un.org/depts/los/piracy/piracy_national_legislation.htm).

<sup>47</sup> Véase, por ejemplo, Brian Wilson, "Reshaping maritime security cooperation: the importance of interagency coordination at the national level" en Guilfoyle, Douglas (ed.), *Modern Piracy: Legal Challenges and Responses* (Cheltenham, Reino Unido: Edward Elgar, 2013), pág. 202.

consuetudinario. Aunque el derecho internacional ya haya definido el marco legal para combatir la piratería, se necesita legislación nacional de los Estados que la tipifique<sup>48</sup>.

18. A la falta de legislación nacional y la obsolescencia de algunas leyes nacionales sobre la piratería, se suma la cuestión de la armonización de la legislación en la materia. En la legislación de algunos Estados la piratería marítima únicamente se asocia a actos cometidos en alta mar, mientras que en la de otros solo se vincula con actos cometidos en el mar territorial o la zona económica exclusiva de los Estados<sup>49</sup>. Lo ideal sería que los Estados tuvieran leyes iguales o similares que abordaran la piratería en todas las zonas situadas fuera del mar territorial.

D. *Aclaración de la relación entre la piratería marítima y el robo a mano armada en el mar*<sup>50</sup>

19. Otra cuestión, aunque relacionada con la sección C *supra*, es la que se refiere a analizar la diferencia entre los delitos de piratería marítima y de robo a mano armada en el mar, y ayudar a aclararla. En general, la piratería marítima es un delito que ha surgido en el contexto de la alta mar (que incluye lo que ahora se conoce como la zona económica exclusiva)<sup>51</sup>. En cambio, el delito de robo a mano armada en el mar se produce en el mar territorial de un Estado<sup>52</sup>.

20. Según parece, muchos Estados han tipificado ambos delitos, pero su legislación nacional no establece una distinción clara entre ellos, en particular con respecto al lugar en que se producen<sup>53</sup>. Por tanto, puede surgir un problema de “doble incriminación” que cree confusión en cuanto a la legislación aplicable. Tomando como base el derecho internacional y la práctica de los Estados, la Comisión podría analizar en qué casos cabe entender que se ha cometido uno u otro de esos delitos, en qué se diferencian y si están relacionados entre sí, a fin de aclarar el derecho en esa esfera, lo que puede ser útil para los Estados a la hora de elaborar legislación nacional y ejercer su jurisdicción.

### III. Alcance del tema

21. Las posibilidades de los Estados para actuar en el mar, ya sea de manera unilateral o multilateral, se ven limitadas a la hora de hacer frente de manera integral y efectiva a la piratería marítima, lo que deja a los buques privados en una situación de vulnerabilidad. Ello ha llevado a los armadores a buscar su propia seguridad marítima, a menudo contratando a empresas de seguridad. La seguridad marítima privada puede consistir en contar a bordo del buque con personal de seguridad armado que pueda actuar empleando medios letales cuando otros buques se acerquen a él. Este fenómeno, en términos de medidas preventivas, plantea la cuestión de si el derecho internacional exige o debe exigir que el Estado del pabellón, el Estado en que se constituyó la empresa de seguridad u otros Estados regulen esas actuaciones<sup>54</sup>. De conformidad con la Convención de 1982, los buques privados no tienen derecho de persecución. Así pues, un buque privado víctima de la piratería no puede recurrir a medidas coercitivas con arreglo a las disposiciones del derecho del mar. La Comisión podría examinar la legislación y la práctica en esa esfera para determinar si el derecho internacional prohíbe a los buques privados adoptar esas medidas

<sup>48</sup> Anna Petrig y Robin Geiß, *Piracy and Armed Robbery at Sea: The Legal Framework for Counter-Piracy Operations in Somalia and the Gulf of Aden* (Oxford: Oxford University Press, 2011), págs. 140 a 144.

<sup>49</sup> División de Asuntos Oceánicos y del Derecho del Mar de las Naciones Unidas, nota 46 *supra*.

<sup>50</sup> Melda Kamil Ariadno, “Maritime Security in South East Asia: Indonesian Perspective” (2009), *Indonesian Journal of International Law*, vol. 7, núm. 1, págs. 88 y ss., en especial pág. 95.

<sup>51</sup> CNUDM, nota 1 *supra*, arts. 58 y 101; Anna Petrig, “Piracy” en Donald Rothwell y otros (eds.), *The Oxford handbook of the law of the sea* (Oxford: Oxford University Press, 2016), págs. 844 y ss., en especial págs. 848 y 849.

<sup>52</sup> Petrig, “Piracy”, *ibid.*, en especial págs. 851 y 852.

<sup>53</sup> División de Asuntos Oceánicos y del Derecho del Mar de las Naciones Unidas, nota 46 *supra*.

<sup>54</sup> Ilja Van Hespén, “Protecting merchant ships from maritime piracy by privately contracted armed security personnel: a comparative analysis of flag state legislation and port and coastal state requirements”, *Journal of Maritime Law and Commerce* (2014), vol. 45, núm. 3, pág. 361.

y, de ser así, la línea divisoria entre esas medidas y los actos de defensa en caso de ser atacados por piratas marítimos.

22. La Convención sobre el Derecho del Mar, de 1982, permite exclusivamente la persecución de los piratas por parte de buques del Estado, como los buques militares y otros buques de propiedad estatal y que presten un servicio público<sup>55</sup>. La Comisión podría analizar la aplicación de esas normas en el contexto de la piratería y el robo a mano armada en el mar sobre la base de la práctica contemporánea de los Estados, y examinar si las normas establecidas en la Convención de 1982 a este respecto son derecho internacional consuetudinario y son vinculantes para todos los Estados.

23. De hecho, los piratas que cometen delitos en alta mar saben que si permanecen en mar abierto o en la zona económica exclusiva, pueden ser perseguidos y capturados por cualquier Estado en virtud de la jurisdicción penal universal. Para evitar esa situación, tras cometer un acto de piratería, suelen dirigirse rápidamente al mar territorial nacional más cercano para escapar de la persecución de buques extranjeros. Además, la falta de capacidad de muchos Estados para controlar su mar territorial alienta a los piratas a trasladar sus operaciones a esas aguas, asaltando y atacando a buques que esperan su turno para entrar en el puerto<sup>56</sup>.

24. Para resolver esta cuestión, el Consejo de Seguridad, con carácter excepcional, autorizó a las fuerzas navales extranjeras a emprender persecuciones en el mar territorial somalí desde la alta mar y la zona económica exclusiva adyacentes con el fin de capturar buques pirata. Además, el Consejo también autorizó a los buques militares extranjeros, con el consentimiento del Gobierno de Somalia, a entrar en su mar territorial para capturar esos buques. Al mismo tiempo, el Consejo de Seguridad dejó claro que “las disposiciones de la presente resolución solo son aplicables a la situación imperante en Somalia y no afectan a los derechos y obligaciones o responsabilidades de los Estados Miembros en virtud del derecho internacional”<sup>57</sup>, lo que significa que esas disposiciones deben aplicarse en el marco jurídico de la lucha contra la piratería establecido por la Convención sobre el Derecho del Mar, de 1982<sup>58</sup>, y las normas del derecho internacional consuetudinario.

25. Con respecto a los derechos de los presuntos infractores, las personas que supuestamente han cometido actos de piratería marítima tienen derecho a un trato justo, incluido un juicio imparcial, y a la plena protección de sus derechos en virtud del derecho nacional e internacional, como pone de manifiesto la jurisprudencia recogida en las resoluciones de cortes y tribunales nacionales e internacionales en casos de piratería<sup>59</sup>.

26. Se podría analizar la forma en que se hacen efectivos esos derechos en el contexto de la detención de la persona en alta mar y, por tanto, fuera de la jurisdicción soberana de cualquier Estado a fin de aclarar ese aspecto en este contexto.

27. El alcance de este tema se limita a la prevención y represión de la piratería y el robo a mano armada en el mar. Se abordará la definición de piratería en el contexto de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, teniendo en cuenta los aspectos actuales de la piratería y su evolución, así como la definición establecida por organizaciones internacionales pertinentes, como la Organización Marítima Internacional. También se abordarán, entre otros, los aspectos siguientes: el castigo de la piratería, la cooperación para la represión de la piratería y el ejercicio de la jurisdicción respecto de ese delito, incluidas las cuestiones relacionadas con la tipificación del delito, la persecución, la detención, la reclusión, la extradición, los acuerdos de traslado de presuntos piratas, la asistencia judicial recíproca, el enjuiciamiento, la investigación, las pruebas, las

<sup>55</sup> CNUDM, nota 1 *supra*, art. 111.

<sup>56</sup> Joseph M. Isanga, “Countering Persistent Contemporary Sea Piracy: Expanding Jurisdictional Regimes”, *American University Law Review* (2010), vol. 59, págs. 1267 y ss., en especial pág. 1273.

<sup>57</sup> Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, resolución 2015 (2011), sexagésimo sexto año, 6635ª sesión, S/RES/2015 (2011), preámbulo.

<sup>58</sup> Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, resolución 1816 (2008), sexagésimo tercer año, 5902ª sesión, S/RES/1816 (2008), preámbulo.

<sup>59</sup> Douglas Guilfoyle, “Counter-Piracy Law Enforcement and Human Rights”, *International and Comparative Law Quarterly* (2010), vol. 59, núm. 1, pág. 141; véase también el apartado 4 de la bibliografía seleccionada.

condenas, los derechos de los presuntos piratas y los derechos de las víctimas de la piratería y el robo a mano armada en el mar.

#### IV. Cumplimiento de los requisitos para la inclusión del tema en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión de Derecho Internacional

28. Para incluir un tema en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión de Derecho Internacional, se debe demostrar que cumple los siguientes criterios: a) el tema ha de reflejar las necesidades de los Estados respecto del desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional; b) el tema debe estar en una etapa suficientemente avanzada en cuanto a la práctica de los Estados para permitir el desarrollo progresivo y la codificación; c) el tema debe ser concreto y viable para el desarrollo progresivo y la codificación; y d) la Comisión no debe limitarse a los temas tradicionales, sino que puede considerar también los que reflejen la evolución del derecho internacional e inquietudes apremiantes de la comunidad internacional en general<sup>60</sup>.

29. El tema de la piratería y el robo a mano armada en el mar satisface los criterios necesarios para su inclusión en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión.

30. **Primero:** el tema responde a las necesidades de los Estados de desarrollo progresivo de esta esfera del derecho internacional. De hecho, se trata de un tema de interés universal, ya que, como se señala en la sección introductoria de esta sinopsis, concierne a la comunidad internacional en general. El carácter universal de ese interés ha justificado la aprobación de varias resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre la lucha contra la piratería marítima y el robo a mano armada en el mar. Los Estados ribereños, los Estados de abanderamiento, los Estados del puerto, los Estados con nacionales víctima de piratería marítima o robos a mano armada en el mar, los Estados sin litoral, los agentes privados del sector marítimo (armadores, transportistas, aseguradoras marítimas, etc.), ya sean cargadores, receptores, importadores o exportadores de mercancías, así como las organizaciones internacionales, están todos ellos interesados en acabar con los problemas de seguridad y la delincuencia en el mar, a fin de velar por el desarrollo de los Estados y la seguridad y el bienestar socioeconómico de todas la población.

31. **Segundo:** el tema merece ser examinado por la Comisión, puesto que hay práctica de los Estados que se presta a la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional respecto del tema. Como ya se ha indicado, existen tratados y otros instrumentos universales y regionales que pueden analizarse en relación con este tema. Además, según los datos facilitados por la Secretaría de la División de Asuntos Oceánicos y del Derecho del Mar de las Naciones Unidas, hay más de 70 Estados que han aprobado legislación para prevenir y reprimir la piratería y el robo a mano armada en el mar. Esta práctica se encuentra en una etapa suficientemente avanzada y se irá desarrollando a medida que otros proyectos de ley sobre piratería se vayan convirtiendo de manera progresiva en legislación aplicable. A este respecto, varios Estados costeros africanos han presentado en sus respectivos parlamentos proyectos de ley que deberían aprobarse en un futuro próximo. En general, la legislación disponible sobre el tema es representativa de los principales ordenamientos jurídicos y regiones del mundo, pues proviene de África, Europa, Asia, América y el Caribe.

32. **Tercero:** el tema merece ser analizado teniendo en cuenta la legislación aplicable, así como su carácter concreto, práctico y viable. No planteará ninguna dificultad particular, ya que casi toda la labor se referirá al derecho internacional existente: la *lex lata* codificada por la Convención sobre el Derecho del Mar, de 1982, que define el régimen jurídico y el marco de la piratería y el robo a mano armada en el mar. Además de sustentarse en la práctica actual y en desarrollo de los Estados, la labor podrá basarse en otros instrumentos

<sup>60</sup> Véase Comisión de Derecho Internacional, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 50º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 10, A/53/10* (1998), párr. 553; Comisión de Derecho Internacional, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 69º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, septuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 10, A/72/10* (2017), párr. 32.

jurídicos universales, como el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima, y en las resoluciones pertinentes de la Organización Marítima Internacional sobre la piratería y el robo a mano armada en el mar aprobadas entre 2005 y 2012. Hay gran cantidad de doctrina (véase la bibliografía seleccionada más abajo) y jurisprudencia nacional (estadounidense, inglesa, francesa, española, tanzana, keniana, europea —procedente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos—, japonesa, coreana y de Seychelles, entre otras) sobre el tema. Esas decisiones judiciales internas se analizarán a la luz de la legislación nacional aplicable y del derecho internacional pertinente al que se refieran. Se analizarán los diversos enfoques regionales sobre la piratería marítima y el robo a mano armada en el mar en los diferentes mares del mundo, teniendo en cuenta el contexto geográfico particular de cada región marítima y cada mar regional, según el criterio del Programa de Mares Regionales del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA).

33. **Cuarto:** el derecho internacional relativo a la piratería y el robo a mano armada en el mar forma parte de los temas que tradicionalmente ha abordado la Comisión, que desde hace tiempo se viene ocupando de normas relativas al derecho del mar. Así pues, la inclusión de este tema en el programa de trabajo a largo plazo no debería, en principio, plantear ningún problema, ya que es una inquietud apremiante de la comunidad internacional en general.

## V. Metodología

34. El punto de partida de este estudio serán las disposiciones de la CNUDM relativas a la piratería en el mar. Así pues, como se ha indicado antes, el propósito al abordar este tema no es alterar en modo alguno esas disposiciones. Además, se analizarían aspectos del tema, que no están regulados directamente por esos tratados, utilizando otros instrumentos y la práctica de los Estados en este ámbito, a fin de proseguir la labor de codificación o desarrollo progresivo del derecho internacional de manera que sea útil para los Estados. La práctica estatal analizada, ya se trate de legislación o de decisiones de cortes y tribunales nacionales, será la de los Estados que tengan un interés potencial o real en la protección de los océanos contra la piratería y el robo a mano armada en el mar. Entre ellos figuran los Estados ribereños, los Estados del pabellón, los Estados del puerto, los Estados sin litoral, los Estados susceptibles de ejercer su jurisdicción activa o pasiva respecto de nacionales que son víctimas de actos de piratería, y otros actores y organizaciones internacionales pertinentes.

## VI. Resultado de la labor

35. El objetivo de este tema podría ser la elaboración de un proyecto de artículos sobre la prevención y represión de la piratería y el robo a mano armada en el mar. A medida que avance la labor, podrá verse con más claridad si el tema es apropiado para la elaboración de una nueva convención, en cuyo caso el proyecto de artículos seguiría siendo una forma adecuada para la labor de la Comisión. No obstante, si se hace patente que la mejor manera de desarrollar el tema es simplemente en forma de orientaciones para los Estados sobre el cumplimiento de las obligaciones internacionales existentes, el resultado podría convertirse en un proyecto de conclusiones o de directrices.

## VII. Bibliografía

### 1. Articles

Andersen, Elizabeth, Benjamin Brockham-Hawe, and Patricia Goff. 2010. "Suppressing Maritime Piracy: Exploring the Options in International Law." A Workshop Report. Washington, D.C.: American Society of International Law & Academic Council on the United Nations System.

Anderson, Elliot A. 2010. "It's a Pirate's Life for Some: The Development of an Illegal Industry in Response to an Unjust Global Power Dynamic." *Indiana Journal of Global Legal Studies* 17(2): 319–39.

- Ariadno, Melda Kamil. 2009. "Maritime Security in South East Asia: Indonesian Perspective." *Indonesian Journal of International Law* 7(1): 88–99.
- Azubuike, Lawrence. 2010. "International Law Regime against Piracy." *Annual Survey of International & Comparative Law* 15: 43–60.
- Bahar, Michael. 2007. "Attaining Optimal Deterrence at Sea: A Legal and Strategic Theory for Naval Anti-Piracy Operations." *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 40(1): 1–86.
- Baird, Rachel. 2012. "Transnational Security Issues in the Asian Maritime Environment: Responding to Maritime Piracy." *Australian Journal of International Affairs* 66(5): 501–13.
- Balmond, Louis, Sylvain Alunni and Fabien Grech. 2011. "Chronique des faits internationaux : 15 mars-15 juin 2011." *Revue générale de droit international public* 2011(3): 733–64.
- Barrios, Erik. 2005. "Casting a Wider Net: Addressing the Maritime Piracy Problem in Southeast Asia." *Boston College International and Comparative Law Review* 28(1): 149–63.
- Beckman, Robert C. 2002. "Combating Piracy and Armed Robbery Against Ships in Southeast Asia: The Way Forward." *Ocean Development & International Law* 33(3): 317–41.
- Behr, Timo, Mika Aaltola, and Erik Brattberg. 2013. "Maritime Security in a Multipolar World: Towards an EU Strategy for the Maritime Commons." *Finnish Institute of International Affairs Briefing Paper* 103.
- Bellamy, Chris. 2011. "Maritime Piracy. Return of the World's Second-Oldest Security Problem." *The RUSI Journal* 156(6): 78–83.
- Bellayer-Roille, Alexandra. 2009. "Montée en puissance de la lutte contre la 'piraterie' maritime 'sus a l'hostis humani generis'." *Annuaire de droit maritime et océanique* 27: 309–31.
- Bento, Lucas. 2011. "Toward an international law of piracy sui generis: how the dual nature of maritime piracy law enables piracy to flourish." *Berkeley Journal of International Law* 29(2): 399–455.
- Berg, James. 2010. "'You're Gonna Need a Bigger Boat': Somali Piracy and the Erosion of Customary Piracy Suppression." *New England Law Review* 44: 343–85.
- Berndtsson, J. & Østensen, Å.G., 2015. "The Scandinavian Approach to Private Maritime Security—A Regulatory Façade?" *Ocean Development & International Law* 46(2): 138–152.
- Le Bihan, Martine. 2003. "Sûreté maritime et terrorisme." *Revue de Droit Commercial, Maritime, Aérien et des Transports* 80(3): 86–93.
- Bodini, Stefano Piedimonte. 2011. "Fighting Maritime Piracy under the European Convention on Human Rights." *European Journal of International Law* 22(3): 829–48.
- Boisson, Philippe. 2003. "La sûreté des navires et la prévention des actes de terrorisme dans le domaine maritime." *Droit maritime français* 640: 723–36.
- Bonassies, Pierre. 2011. "Du régime de l'arrestation de pirates par un navire français dans les eaux territoriales somaliennes." *Droit maritime français* 726: 569–72.
- Booth, Forrest and Larry Altenbrun. 2002. "Maritime and Port Security, Piracy, and Stowaways: Renewed Concerns Over Old Problems." *University of San Francisco Maritime Law Journal* 15(1): 1–47.
- Briand, Luc. 2011. "Lutte contre la piraterie maritime : la France renforce son arsenal législatif." *Gazette du Palais* 2011(20): 8–12.
- Bugnon, Caroline. 2010. "L'action contre les actes de piraterie maritime : A propos de l'affaire du voilier Ponant." *Annuaire de droit maritime et océanique* 28: 133–62.



- Bulkeley, Jennifer C. 2003. "Regional Cooperation on Maritime Piracy: A Prelude to Greater Multilateralism in Asia?" *Journal of Public and International Affairs* 14: Article 2.
- Bürgin, Annina and Schneider, Patricia. 2015. "Regulation of Private Maritime Security Companies in Germany and Spain: A Comparative Study." *Ocean Development & International Law*, 46(2): 123–137.
- Charles, Jean-Baptiste and Erwann Couty. 2011. "Loi relative à la piraterie maritime : le législateur rétablit l'arsenal pénal maritime." *Revue de droit des transports* 2011(6): 7–10.
- Charpenel, Yves. 2011. "Analyse prospective des dernières jurisprudences relatives à la sécurité des mers." *Droit maritime français* 726: 504–09.
- Cormier-Salem, Marie-Christine and Tarik Dahou, eds. 2010. *Gouverner la mer: états, pirates, sociétés*. Politique Africaine 116: 1–208.
- Coulée, Frédérique and Hélène Picot (contributeur). 2010. "Pratique française du droit international : Piraterie." *Annuaire français de droit international* 56: 917–23.
- Coulée, Frédérique and Hélène Picot (contributeur). 2009. "Pratique française du droit international : Piraterie." *Annuaire français de droit international* 55: 921–26.
- Davey, Michael. 2010. "A Pirate Looks at the Twenty-First Century: The Legal Status of Somali Pirates in an Age of Sovereign Seas and Human Rights." *Notre Dame Law Review* 85(3): 1197–1230.
- Davidson, Scott. 2000. "Dangerous Waters: Combating Maritime Piracy in Asia." *Asian Yearbook of International Law* 9: 3–30.
- Deans, Alistair. 2011. "Suing Organized Piracy: An Application of Maritime Torts to Pirate Attacks, and Subsequent Civil Actions Against the Supporters of Organized Piracy." *Roger Williams University Law Review* 16(3): 655–86.
- Díaz, Leticia M and Barry Hart Dubner. 2010. "Foreign Fishing Piracy vs. Somalia Piracy – Does Wrong Equal Wrong?" *Barry Law Review* 14: 73–96.
- Díaz, Leticia M and Barry Hart Dubner. 2009. "On the Evolution of the Law of International Sea Piracy: How property trumped human rights, the Environment and the Sovereign Rights of States in the Areas of Creation and Enforcement of Jurisdiction" *Barry Law Review* 13: 175–207.
- Doeppe, Piper. 2014. "Redefining Maritime Piracy: A Call for Legislative Action to Equate Piracy to International Terrorism in a Previously Uncertain Regulatory Environment" *Appalachian Journal of Law* 14(1): 97–113.
- Douse, Christopher N. 2010. "Combating Risk on the High Sea: An Analysis of the Effects of Modern Piratical Acts on the Marine Insurance Industry." *Tulane Maritime Law Journal* 35: 267–92.
- Drapier, Sandrine. 2012. "La capture de pirates en mer : de droit ou de force." *Annuaire de droit maritime et océanique* 30: 100–14.
- Dua, Jatin, and Ken Menkhaus. 2012. "The Context of Contemporary Piracy: The Case of Somalia." *Journal of International Criminal Justice* 10(4): 749–66.
- Dubner, Barry Hart. 2011. "On the Definition of the Crime of Sea Piracy Revisited: Customary vs. Treaty Law and the Jurisdictional Implications Thereof." *Journal of Maritime Law & Commerce* 42(1): 71–100.
- Dumouchel, Anne Claire and Sébastien Touze. 2010. "Contenu et dernières avancées du projet de loi français de lutte contre la piraterie." *Droit maritime français* 720: 961–70.
- Dupuy, René Jean. 1986. "La piraterie maritime et le droit." in *Publications de l'Académie du Royaume du Maroc, Collection Sessions : La piraterie au regard du droit des gens*, Session 9, Rabat, p. 18.
- Dutton, Yvonne M. 2012. "Maritime piracy and the impunity gap: insufficient national laws or a lack of political will." *Tulane Law Review* 86(5): 1111–1162.

- Dutton, Yvonne M. 2012. "Virtual witness confrontation in criminal cases: a proposal to use videoconferencing technology in maritime piracy trials." *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 45(5): 1283–1340.
- Dutton, Yvonne M. 2011. "Pirates and Impunity: Is The Threat of Asylum Claims a Reason to Allow Pirates to Escape Justice?" *Fordham International Law Journal* 34: 236–95.
- Dutton, Yvonne M. 2010. "Bringing Pirates to Justice: A Case for Including Piracy within the Jurisdiction of the International Criminal Court." *Chicago Journal of International Law* 11: 197–241.
- Fanning, L, H Williamson and S Douglas. 2012. "Dalhousie Marine Piracy Project: Legal, Institutional and Governance Arrangements for Apprehending and Prosecuting Marine Pirates" *Marine Affairs Program Technical Report #2*.
- Fernández, Jesús Ramón Bacas, Federico Bordas Martínez, Javier Gil Pérez, Raquel Regueiro Dubra, Isidro Sepúlveda Muñoz, and Enrique Vega Fernández. 2009. "Crisis Somalí, Piratería E Intervención Internacional." Madrid.
- Fink, M.D. D, and R.J. J Galvin. 2009. "Combating Pirates off the Coast of Somalia: Current Legal Challenges." *Netherlands International Law Review* 56(3): 367–95.
- Fokas, Terence. 1997. "The Barbary Coast Revisited: The Resurgence of International Maritime Piracy" *University of San Francisco Maritime Law Journal* 9(2): 427–60.
- Gabel, Georg D. Jr. 2007. "Smoother Seas Ahead: The Draft Guidelines as an International Solution to Piracy." *Tulane Law Review* 81: 1433–66.
- Gagain, Michael. 2010. "Neglected Waters: Territorial Maritime Piracy and Developing States: Somalia, Nigeria, and Indonesia" *New England Journal of International and Comparative Law* 16: 169–96.
- Gardner, Maggie. 2012. "Piracy Prosecutions in National Courts." *Journal of International Criminal Justice* 10(4): 797–821.
- Gathii, James Thuo. 2010. "Kenya's Piracy Prosecution." *American Journal of International Law* 104(3): 416–436.
- Gauci, Gotthard. 2010. "Piracy and Its Legal Problems: With Specific Reference to the English Law of Marine Insurance." *Journal of Maritime Law and Commerce* 41(4): 541-60.
- Gaurier, Dominique. 2000. "Le crime contre l'humanité est-il une notion nouvelle ? Le pirate, ennemi du genre humain." *Annuaire de droit maritime et océanique* 18: 173–192.
- Giacopelli, M. 2011. "Loi No. 2011-13 du 5 Janvier 2011 relative à la lutte contre la piraterie et à l'exercice des pouvoirs de police de l'État en mer" *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal* 2011(3): 784–85.
- Girerd, Patrick. 2005. "De l'utilité du concept de 'piraterie' ?" *Annuaire de droit maritime et océanique* 23-153-77.
- Gottlieb, Yaron. 2015. "Responding to Maritime Policy: The Regional Approach." *University of San Francisco Maritime Law Journal* 28(1): 1–34.
- Gottlieb, Yaron. 2015. "The Security Council's Maritime Piracy Resolutions: A Critical Assessment." *Minnesota Journal of International Law* 24(1): 1–72.
- Grard, Loïc. 2010. "Un an et presque demi de droit européen des transports." *Revue trimestrielle de droit européen* 2010(1): 195–221.
- Grard, Loïc. 2009. "Initiative européenne de lutte contre la piraterie au large des côtes somaliennes." *Revue de droit des transports* 2009(2): 26.
- Grard, Loïc. 2009. "Piraterie : la force navale européenne et les eaux territoriales somaliennes." *Revue de droit des transports* 2009(3): 32.
- Guilfoyle, Douglas. 2010. "Counter-Piracy Law Enforcement and Human Rights." *International and Comparative Law Quarterly* 59(01): 141–69.

- Guilfoyle, Douglas. 2010. "The Laws of War and the Fight against Somali Piracy: Combatants or Criminals." *Melbourne Journal of International Law* 11(1): 141–53.
- Guilfoyle, Douglas. 2009. "Treaty Jurisdiction over Pirates: A Compilation of Legal Texts with Introductory Notes." 3rd Meeting of Working Group 2 on Legal Issues, The Contact Group on Piracy off the Coast of Somalia. Copenhagen.
- Guilfoyle, Douglas. 2008. "Piracy off Somalia: UN Security Council Resolution 1816 and IMO Regional Counter-Piracy Efforts." *International and Comparative Law Quarterly* 57(3): 690–99.
- Hahn, Lauren. 2012. "Juvenile Justice and Piracy: Prosecutions of Juvenile Pirates in the United States." *George Mason Law Review* 20(1): 241–73.
- Halberstam, Malvina. 1988. "Terrorism on the High Seas: The Achilla Lauro, Piracy and the IMO Convention on Maritime Safety." *American Journal of International Law* 82(2): 269–310.
- Le Hardy De Beaulieu, Louis. 2011. "La piraterie maritime à l'aube du XXIème siècle." *Revue générale de droit international public* 115(3): 653–74.
- Hayashi, Moritaka. 2010. "Japan Anti-Piracy Law." *The International Journal of Marine and Coastal Law* 25: 143–149.
- Helfman, Tara. 2012. "Marauders in the Courts: Why the Federal Courts Have Got the Problem of Maritime Piracy (partly) Wrong." *Syracuse Law Review* 62(1): 53–74.
- Isanga, Joseph M. 2010. "Countering Persistent Contemporary Sea Piracy: Expanding Jurisdictional Regimes." *American University Law Review* 59: 1267–1449.
- Janssens, Paul-Alexandre. 2011. "La loi française de lutte contre la piraterie maritime à l'épreuve des mesures pionnières adoptées par la Belgique." *Droit maritime français* 756: 544–51.
- Jesus, H.E. José Luis E José Luis. 2003. "Protection of Foreign Ships against Piracy and Terrorism at Sea: Legal Aspects." *The International Journal of Marine and Coastal Law* 18(3): 363–400.
- Karim, Md Saiful. 2014. "The rise and fall of the international law of maritime terrorism: the ghost of piracy is still hunting!" *New Zealand Universities Law Review* 26(1): 82–103.
- Karim, Md Saiful. 2011. "Is There an International Obligation To Prosecute Pirates?" *Netherlands International Law Review* 58(3): 387–407.
- Kelley, Ryan P. 2011. "UNCLOS, but not cigar: overcoming obstacles to the prosecution of maritime piracy." *Minnesota Law Review* 95(6): 2285–2317.
- Kerguelen-Neyrolles, Bernadette. 2010. "Transports maritimes : projet de loi relatif à la lutte contre la piraterie et à l'exercice des pouvoirs de police de l'État en mer." *Lamy Transport Tome 2, 157*: 1–2.
- Keyuan, Zou. 2011. "Maritime Enforcement of United Nations Security Council Resolutions: Use of Force and Coercive Measures." *The International Journal of Marine and Coastal Law* 26(2): 235–61.
- King, Michael G. 2010. "Modern Piracy and Regional Security Cooperation in the Maritime Domain: the Middle East and Southeast Asia." Thesis, Naval Postgraduate School, Monterey CA.
- Kirchner, Stefan. 2014. "Protecting Sea Lanes and Maritime Installations in the Western Indian Ocean Against Terrorism and Piracy: Beyond Atlanta." *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution* 22(1): 31–47.
- Kontorovich, Eugene. 2010. "'A Guantánamo on the Sea': The Difficulty of Prosecuting Pirates and Terrorists." *California Law Review* 98: 243–76.
- Kontorovich, Eugene. 2003. "The Piracy Analogy: Modern Universal Jurisdiction's Hollow Foundation." *Harvard International Law Journal* 45(1): 183–237.

- Kontorovich, Eugene, and Steven Art. 2010. "An Empirical Examination of Universal Jurisdiction for Piracy." *The American Journal of International Law* 104(3): 436–453.
- Kozubovskaya-Pellé, Anastasiya. 2009. "3<sup>e</sup> ème colloque international sur la sûreté maritime et portuaire." *Droit maritime français* 709: 999–1004.
- Kraska, James, and Brian Wilson. 2009. "The Pirates of the Gulf of Aden: The Coalition Is the Strategy." *Stanford Journal of International Law* 45(2): 243–86.
- Kraska, James, and Brian Wilson. 2009. "Piracy Repression, Partnering and the Law." *Journal of Maritime Law and Commerce* 40(1): 43–579.
- Leclercq, Jean-François. 2010. "La notion de piraterie en droit maritime belge : Transport et assurance." *Droit maritime français* 720: 951–60.
- Lefebvre-Chalain, Hélène and Cédric Leboeuf. 2010. "La Piraterie Maritime : Compte-rendu des Journées Méditerranéennes Organisées les 10 et 11 décembre 2009" Neptunus 16: en ligne <<https://cdmo.univ-nantes.fr/>> [<https://web.archive.org/web/20190617200532/https://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/357242440.pdf>]
- Lelarge, Aurélia. 2010. "La Somalie entre anarchie et piraterie." *Journal du droit international* 2010(2): 449–74.
- Liss, Carolin. 2008. "Privatising the Fight against Somali Pirates." Asia Research Centre Working Paper No. 152, Murdoch University.
- Mahinga, Jean-Grégoire. 2008. "L'affaire du Ponant." *Revue de droit des transports* 2008(7): 10–11.
- Mair, Stefan, ed. 2010. *Piraterie Und Maritime Sicherheit. Fallstudien Zu Afrika, Südostasien Und Lateinamerika Sowie Beiträge Zu Politischen, Militärischen, Rechtlichen Und Ökonomischen Aspekten*. SWP-Studie, S 18. Berlin: Stiftung Wissenschaft und Politik.
- Marguet, Bernard. 1999. "Piraterie maritime." *Droit maritime français* 590: 99–105.
- Martin-Castex, Brice and Guillaume Loonis-Quélen. 2008. "L'Organisation maritime internationale et la piraterie ou le vol à main armée en mer : le cas de la Somalie." *Annuaire français de droit international* 54: 77–117.
- Mathonnet, Daniel. 2011. "De quelques remèdes à la piraterie maritime." *Droit maritime français* 726: 534–43.
- Mccarthy, Collin. 2015. "Davey Jones's Lockup: Changing the U.S. Approach to Prosecution and Punishment of Maritime Piracy in Universal Jurisdiction Cases." *Golden Gate University Law Review* 45(2): 123–48.
- McKinnon, Alexander. 2012. "Maritime Piracy: A Hong Kong Perspective." *Hong Kong Law Journal* 41(3): 635–57.
- Menefee, Samuel Pyeatt. 1990. "The New 'Jamaica Discipline': Problems with Piracy, Maritime Terrorism and the 1982 Convention on the Law of the Sea." *Connecticut Journal of International Law* 6(1): 127–50.
- Menefee, Samuel Pyeatt. 1999. "Foreign Naval Intervention in Cases of Piracy: Problems and Strategies." *The International Journal of Marine and Coastal Law* 14(3): 353–70.
- Mineau, Michael L. 2010. "Pirates, Blackwater and Maritime Security: The Rise of Private Navies in Response to Modern Piracy." *Journal of International Business and Law* 9(1): 63–78.
- Miribel, Stéphane. 2011. "La piraterie : aspects économique, géopolitique et juridique." *Droit maritime français* 726: 588–89.
- Miribel, Stéphane. 2010. "Rough seas ahead ?" *Droit maritime français* 717: 713–16.

- Nanda, Ved P. 2011. "Maritime piracy: how can international law and policy address this growing global menace?" *Denver Journal of International Law and Policy* 39(2): 177–207.
- Nicolas, Pierre-Yves. 2015. "Piraterie et assurance maritime : l'affaire du brillante Virtuoso." *Droit maritime français* 773: 769–79.
- O'Brien, Melanie. 2014. "Where Security Meets Justice: Prosecuting Maritime Piracy in the International Criminal Court." *Asian Journal of International Law* 4(1): 81–102.
- Odeke, Ademun. 2011. "Somali Piracy – Effects on Oceanborne Commerce and Regional Security and Challenges to International Law and World Order." *Australian and New Zealand Maritime Law Journal* 25(1): 134–160.
- Okano, Masataka. 2010. "Is International Law Effective in the Fight against Piracy: Lessons from Somalia." *Japanese Yearbook of International Law* 53: 178–201.
- Papastavridis, Efthymios. 2010. "Enforcement Jurisdiction in the Mediterranean Sea: Illicit Activities and the Rule of Law on the High Seas." *The International Journal of Marine and Coastal Law* 25(4): 569–99.
- Passman, M.H. Michael H. Michael H. 2009. "Interpreting Sea Piracy Clauses in Marine Insurance Contracts." *Journal of Maritime Law and Commerce* 40(1): 59–88.
- Pathak, Monica. 2005. "Maritime Violence: Piracy at Sea & (and) Marine Terrorism Today." *Windsor Review of Legal and Social Issues* 20: 65–79.
- Phillips, Roger L. 2013. "Pirate Accessory Liability: Developing a Modern Legal Regime Governing Incitement and Intentional Facilitation of Maritime Piracy" *Florida Journal of International Law* 25(2): 271–310.
- Pines, Daniel. 2012. "Maritime piracy: challenges in U.S. law needed to combat this critical national security concern." *Seattle University Law Review* 36(1): 69–127.
- Poissonnier, Ghislain. 2010. "Quels droits pour Rackham le Rouge ?" *Recueil Dalloz* 2010(10): 631–35.
- Poissonnier, Ghislain. 2008. "Les pirates de la Corne de l'Afrique et le droit français." *Recueil Dalloz* 2008(30): 2097–2100.
- Polere, Pascal. 2005. "La piraterie maritime aujourd'hui." *Droit maritime français* 659: 387–404.
- Portolano, Diane. 2011. "Loi relative à la lutte contre la piraterie et à l'exercice des pouvoirs de police de l'État." *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2011(2): 437–39.
- Proutière-Maulion, Gwenaële. 2015. "Internationalisation et privatisation de la lutte contre la piraterie maritime : approche comparative de la Corne de l'Afrique et du Golfe de Guinée." *Droit maritime français* 771: 653–66.
- Rajot, Bénédicte. 2011. "L'impact de la piraterie maritime sur les polices d'assurance." *Responsabilité civile et assurances* 2011(2): 2–3.
- Recio, Manuel. 2011. "La France à l'abordage de la piraterie : la loi n° 2011-13 du 5 janvier 2011 relative à la lutte contre la piraterie et à l'exercice des pouvoirs de police de l'État en mer ou le renforcement de l'arsenal répressif." *Droit pénal* 23(4): 7–12.
- Renaut, Marie-Hélène. 2002. "L'histoire du droit pénal de la marine marchande XVII<sup>e</sup>–XXI<sup>e</sup> siècle." *Annuaire de droit maritime et océanique* 20: 53–104.
- Roach, J. Ashley. 2010. "Agora: Piracy Prosecutions. Countering Piracy off Somalia: International Law and International and International Institutions." *The American Journal of International Law* 104(3): 397–416.
- Rubin, Alfred P. 1987. "The Law of Piracy." *Denver Journal of International Law and Policy* 15(2-3): 173–233.

- Sam Lefebvre, Awa. 2008. "La communauté internationale à l'assaut de la piraterie." *Neptunus* 14(2): 1–6.
- Satkauskas, Rytis. 2011. "Piracy at Sea and the Limits of International Law." *Aegean Review of the Law of the Sea and Maritime Law* 1(2): 217–235.
- Scavelli, Michael G. 2011. "Uncharted Waters. The Private Sectors Fight against Piracy on the High Seas." *Brooklyn Law Review* 76(1): 343–83.
- Scharf, Michael P. and Matthew E. Carlton, eds. 2013. *End Game! An International Conference on Combating Maritime Piracy*. Case Western Reserve Journal of International Law 46(1-2): 1–462.
- Schumacher, Jamie. 2013. "From Blackbeard to Jack Sparrow - who are today's pirates and why do we care? The effect the legal definition of piracy has on the international shipping industry and maritime insurance coverage." *Journal of Law and Commerce* 32(1): 135–53.
- Silva, Mario. 2010. "Somalia: State Failure, Piracy, and the Challenge to International Law." *Virginia Journal of International Law* 50(1): 553–78.
- Sterio, Milena. 2009. "The Somali Piracy Problem: a Global Puzzle Necessitating a Global Solution." *American University Law Review* 59(5): 1449–1498.
- Stillwell, Nicole. 2009. "Robbers or Robinhoods?: A Study of the Somali Piracy Crisis and a Call to Develop an International Framework to Combat Maritime Terrorism." *Loyola Maritime Law Journal* 7B: 127–46.
- Talleg, Jean-François and Philippe Dezeraud. 2011. "L'évolution du cadre juridique de l'action de l'État en mer : une meilleure sécurité des espaces maritimes par le renforcement de la place de l'autorité judiciaire." *Droit maritime français* 726: 497–503.
- Tassel, Yves. 2005. "Terrorisme, piraterie et guerre sous le rapport de l'assurance maritime." *Annuaire de droit maritime et océanique* 23: 77–94.
- Treves, Tullio. 2009. "Piracy, Law of the Sea, and Use of Force: Developments off the Coast of Somalia." *European Journal of International Law* 20(2): 399–414.
- Tuerk, Helmut. 2009. "The Resurgence of Piracy: A Phenomenon of Modern Times." *University of Miami International & Comparative Law Review* 17(1): 1–42.
- Van Ginkel, B. and M. Gardner, eds. 2012. Symposium: *Testing the Waters: Assessing International Responses to Somali Piracy*. *Journal of International Criminal Justice* 10(4): 723–880.
- Van Hespén, Ilja. 2014. "Protecting merchant ships from maritime piracy by privately contracted armed security personnel: a comparative analysis of flag state legislation and port and coastal state requirements." *Journal of Maritime Law and Commerce* 45(3): 361–400.
- Weckel, Philippe. 2010. "Journées méditerranéennes sur la piraterie maritime" *Droit maritime français* 710: 69–74.
- White, G Edward. 1989. "The Marshall Court and International Law: The Piracy Cases." *American Journal of International Law* 83(4): 727–735.
- S Whitman and C Saurez. 2012. "Dalhousie Marine Piracy Project: The Root Causes and True Costs of Marine Piracy." *Marine Affairs Program Technical Report* #1.
- Williamson, Hugh R. 2013. "New Thinking in the Fight against Marine Piracy: Financing and Plunder Pre-Emptying Piracy before Prevention Becomes Necessary." *Case Western Reserve Journal of International Law* 46:335–54.
- Zou, Keyuan. 2009. "New Developments in the International Law of Piracy." *Chinese Journal of International Law* 8(2): 323–45.

## 2. Monography

- Académie du Royaume du Maroc. 1986. *La Piraterie au regard du droit des gens : Piracy and the law of nations : La pirateria en el derecho de gentes*. Rabat: Publications de l'Académie du Royaume du Maroc.
- Beckman, Robert C and J. Ashley Roach, eds. 2012. *Piracy and International Maritime Crimes in ASEAN: Prospects for Cooperation*. Cheltenham, UK: Edward Elgar.
- Brannon, Stephen and Taufiq Rahim, eds. 2011. *Conference on Global Challenge, Regional Responses: Forging a Common Approach to Maritime Piracy*. Dubai: Dubai School of Government.
- Chapleau, Philippe and Jean-Paul Pancracio. 2014. *La piraterie maritime : Droit, pratiques et enjeux*. Paris: Vuibert.
- Chevallier-Govers, Constance & Catherine Schneider, eds. 2015. *L'Europe et la lutte contre la piraterie maritime*. Paris: Éditions Pedone.
- Dubner, Barry Hart. 1980. *The Law of International Sea Piracy*. The Hague: Martinus Nijhoff.
- Grangé, Ninon et al, eds. 2013. *Carl Schmitt: normes, droit et conflit dans les relations internationales*. Rennes: Presses universitaires de Rennes.
- Guilfoyle, Douglas, ed. 2013. *Modern Piracy: Legal Challenges and Responses*. Cheltenham, UK: Edward Elgar.
- Guilfoyle, Douglas. 2009. *Shipping Interdiction and the Law of the Sea*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Le Hardy de Beaulieu, Louis et al, eds. 2007. *Criminalité et trafics maritimes: des enjeux politiques aux conséquences juridiques*. Namur: Presses universitaires de Namur.
- Hallwood, C. Paul, and Thomas J. Miceli. 2015. *Maritime Piracy and Its Control: An Economic Analysis*. New York: Palgrave Macmillan.
- Heller-Roazen, Daniel. 2009. *The Enemy of All: Piracy and the Law of Nations*. New York: Zone Books.
- Houry, Christophe. 2014. *La piraterie maritime au regard du droit international: Incertitudes et évolutions contemporaine Incertitudes et évolutions contemporaines*. Paris: Éditions l'Harmattan.
- Koutrakos, Panos and Achilleas Skordas, eds. 2014. *The law and practice of piracy at sea: European and international perspectives*. Oxford: Hart Publishing.
- Kraska, James. 2011. *Contemporary Maritime Piracy: International Law, Strategy, and Diplomacy at Sea*. Santa Barbara, CA: Praeger Publishers.
- Latrive, Florent. 2004. *Du bon usage de la piraterie: culture libre, sciences ouvertes*. Paris: Exils.
- Lehr, Peter, ed. 2007. *Violence at Sea: Piracy in the Age of Global Terrorism*. New York: Routledge.
- Mejia, Maximo Q, Chie Kojima and Mark Sawyer, eds. 2013. *Piracy at Sea*. New York: Springer.
- Neri, Kiara. 2013. *L'emploi de la force en mer*. Bruxelles: Éditions Bruylant.
- Papastavridis, Efthymios. 2013. *The interception of vessels on the high seas: contemporary challenges to the legal order of the oceans*. London: Hart Publishing.
- Petrig, Anna. 2014. *Human Rights and Law Enforcement at Sea Arrest, Detention and Transfer of Piracy Suspects*. Leiden: Brill.
- Petrig, Anna, ed. 2010. *Sea Piracy Law: Selected National Legal Frameworks and Regional Legislative Approaches / Droit de la piraterie maritime: Cadres juridiques nationaux et approches législatives regionaux*. Berlin: Duncker & Humblot.



Petrig, Anna, and Robin Geiß. 2011. *Piracy and Armed Robbery at Sea: The Legal Framework for Counter-Piracy Operations in Somalia and the Gulf of Aden*. Oxford: Oxford University Press.

Scharf, Michael P, Michael A. Newton and Milena Sterio, eds. 2015. *Prosecuting Maritime Piracy: Domestic Solutions to International Crimes*. Cambridge: Cambridge University Press.

Struett, Michael J, Jon D Carlson and Mark T Nance, eds. 2012. *Maritime Piracy and the Construction of Global Governance*. New York: Routledge.

Rothwell, Donald, et al, eds. 2016. *The Oxford handbook of the law of the sea*. Oxford: Oxford University Press.

van Ginkel, Bibi and Frans-Paul van der Putten, eds. 2010. *The International Response to Somali Piracy: Challenges and Opportunities*. Leiden: Brill.

Young, Adam J. 2007. *Contemporary Maritime Piracy in Southeast Asia: History, Causes and Remedies*. Singapore: Institute of Southeast Asian Studies.

### 3. National Legislations on Piracy and Armed Robbery at Sea

#### *Africa*

Côte d'Ivoire: *loi No.2017-442 du 30 juin 2017 portant Code Maritime ; Articles 1008-1010 ; Article 1018*

Kenya: *Act 4 of 2009 – Merchant Shipping, Part XVI – Maritime Security, articles 369-372*

Liberia: *Title 26 of the Liberian Code of Laws Revised and Approved July 22, 2008, Vol.IV, page 816, Article 15.31. Piracy*

Morocco: *Code disciplinaire et penal de la marine marchande, Annexe2 du Code maritime de 1919, Article 23(3) crime de piraterie*

South Africa: *Act No.42, 2002, Defence Act 2002, Chapter 4: Law Enforcement Powers of Defence Force at Sea*

Tanzania: *Penal Code, Chapter 16 of the Laws (Revised)*

Togo: *Ordonnance No.129 du 12 Aout 1971, Code de la Marine Marchande, révisée en 2018 ?*

Union des Comores: *Projet de code maritime, Article 81 (sur la piraterie maritime)*

#### *Americas*

##### *North America*

Canada: *Criminal Code (2009); C-46, Part II, Sections 74-75*

United States of America: *18 U.S.C. §2280; 18 U.S.C.§ Piracy under law of nations; 18 U.S.C.§ 1652 Citizens as pirates*

##### *Latin America and the Caribbean*

Argentina: *Penal Code, Chapter III (piracy), Articles 198 and 199*

Argentina: *Penal Code, Section VII, « Crimes against Public Safety », Chapter III-Piracy, Articles 198 and 199*

Bahamas: *Penal Code, Chapter 84, Article 404 (piracy)*

Brazil: *Criminal Code, as Decree Law No 2828 from 7 December 1940, Chapter II, Article 157: Robbery and Extorsion*

Chile: *Codigo Penal : Titulo I del Decreto No.5839 de 30 de septiembre de 1948, Art.6 (7): la pirateria*

Cuba: *la Ley No. 93 de 20 de Diciembre de 2001, « Ley contra actos de terrorismo », Capitulo IV: Actos contra la Seguridad de la Navegacion Maritima, Artículo 16.1 ; Capitulo VI : Otros Actos que Atentan contra la Seguridad Aerea y Maritima, Artículo 21*

Guatemala: *Decreto Numero 56-96*

Mexico: *Federal Penal Code, Chapter I: Piracy, Article 146 (I, II, III)*

#### *Asia*

Indonesia: *Penal Code, Chapter XXIX, Article 438-448*

Iran: *Islamic Punishment Act, Article 683, Article 185*

Japan: *Law on Punishment of and Measures against Acts of Piracy*

Philippines: *Act No.9372, “Human Security Act of 2007”, Section 3: Terrorism, (a) Article 122 (piracy in general and Munity in the High Seas or in the Philippine Waters); (5) Presidential Decree No.532 (Anti-Piracy and Anti-Highway Robbery Law of 1974*

Republic of Korea: *Laws and Ordinances on Punishment of Act of Piracy and Armed Robbery at Sea, Article 340*

Singapore: *Penal Code, Cf.12 and 13 Victoria c.96 (Admiralty Offences (Colonial Act 1849), Article 130B (piracy); Article 130C (piratical acts)*

Sri Lanka: *Act No.9 of 2001 (Piracy) and Act No.42 of 2000 (Suppression of Unlawful Acts Against The Safety of Maritime Navigation)*

Thailand: *Act on Prevention and Suppression of Piracy, B.E.2534 (1991), Anti-Piracy Law*

Turkey: *Turkey Penal Code, Articles 8, 12, 13, 35, 36, 37, 223, 224*

United Arab Emirates: *Commercial Maritime Law No.26 of 1981, Articles 208, 209, 210*

#### *Europe and others*

Australia: *Crimes Act 1914, Sections 51, 52, 54, Part IV – Piracy and Criminal Code Act 1899*

Austria: *Criminal Code, Section 65*

Belgium: *Loi relative a la lutte contre la piraterie maritime et modifiant le Code judiciaire (I), 30 décembre 2009*

Bulgaria: *Penal Code, Article 6, para.2*

Czech Republic: *Law No.40/2009 Coll., Criminal Code, January 1, 2010, Section 290 (Gaining Control over the Aircraft, Civil Vessel and Fixed Platform)*

Cyprus: *Criminal Code, Part I: Offences related to Piracy, Section 69, and Part II: Other Cyprus legislative provisions on certain acts of piracy/armed robbery*

Denmark: *Criminal Code, Section 183a (piracy) and b (Armed robbery at Sea)*

Estonia: *Penal Code, Section 110 (piracy)*

Finland: *Criminal Code, Chapter 1, Section 2*

France: *Decret No.2011-1213 du 29 septembre 2011 pour l'application de l'article 4 de la loi No.94-589 du 15 juillet 1994 relative a la lutte contre la piraterie et aux modalites de l'exercice par l'Etat de ses pouvoirs de police en mer*

Greece: *Greek Code on Public Maritime Law, Article 215 (crime of piracy), Article 8 of the Penal Code (piracy as a crime jure gentium)*

Italy: *Decree of December 30, 2008, no209 converted by Law 24<sup>th</sup> February 2009, n.12, Article 5 of Italian Navigation Code, Article 1135 (Piracy); Article 1136 (Ship on suspicion of Piracy) Israel: Anti-Piracy Legislation: Penal Law, 1977, Section 169*

Latvia: *Criminal Law of 17<sup>th</sup> June, 1998, Article 176 (Robbery), Article 268 (Seizure of an Air or Water Transport vehicle)*

Malta: *Criminal Code: CAP.9, Sub-title IV B of Piracy, Article 328N (Definition of piracy, Added by XI.2009.7)*

New Zealand: *The Crimes Act 1961, s92-97*

Norway: *General Civil Penal Code, Section 49*

Poland: *Polish Penal Code, Chapter XVI, Chapter XX and Chapter XXXII*

Russia: *Federal Act No.162-FZ of December 2003, Article 227. Piracy*

Spain: *La legislacion Espagnola en material de Pirateria, 2009, la Ley Organica 6/1985, Articulo 23 aparatado 4 (c) : Pirateria y apoderamiento illicito de aeronaves*

Ukraine: *Criminal Code of 2001, Article 446*

United Kingdom: *Merchant Shipping and Maritime Security Act of 1997, Article 26; and Piracy Act 1837 c.88*

#### 4. National Court Decisions

##### *Africa*

##### *Tanzania*

*Ibrahim Sangoro v. Republic*, Court of Appeal of Tanzania, Case No.298 of 1992; [1984] TZHC 13; (12 May 1984); 1984 TLR 314 (TZHC)

*Magendo Paul and Others v. Republic*, [1992] TLR 220; [1993] TZCA 23; (25 October 1993); 1993 TLR 220 (TZCA)

*Manju Salum Msambya v. Attorney General and kifu Gulamu Hussein kifu*

*Makoye Samwal Kashinge and 4 Others v. Republic*

*Michael Haishi v. Republic*, [1992] TLR 92; [1992] TZCA 15; (13 May 1992); 1992 TLR 92 (TZCA)

*Mohamed Said Matula v. Republic*, [1995] TLR3; [1994] TZCA 8; (11 April 1994); 1995 TLR 3 (TZCA)

*Raymond Francis v. Republic*, [1994] TLR 100; [1994] TZCA 2; (14 February 1994); 1994 TLR 100 (TZCA)

*Republic v. Mohamed Bin Akui*

*Republic v. Mohamed Nuru Adam and Others*

##### *Seychelles*

*Hassan Thaliil Ahmed and Others v. Republic*, Supreme Court Decision CR73/2013, Criminal Appeal SCA06-13/2015; (SCA 06-13/2015) [2016] SCCA 32

*Mohamed Abdi barre and Others v. Republic*, Criminal Appeal SCA 07/2013, Appeal from Supreme Court Decision, 28/2012;SCA No. 7 /2013) [2015] SCCA 2

*Mohamed Hassan Ali and Others v. Republic*, Seychelles Court of Appeal, Appeal from Supreme Court Decision CR08/2012, 12 December 2014; (CO 06/2014) [2016] SCSC 129

*Mohamed Shire v. The Republic*, [2015] SCCA 25 (Seychelles Court of Appeal); (SCA CR 31-37/2014) [2015] SCCA 25

*R v. Ise*, (2011) SLR 220;(75 of 2010) [2011] SCSC 37

*R v. Osman*, (2011) SLR 345;CO 19/2011) [2011] SCSC 74

*Republic v. Aden*, (2011) SLR 41; (CO 75/2010) [2011] SCSC 100

*Republic v. Ali*, (2010) SLR 341, Supreme Court of Seychelles; SCA 22/2012) [2014] SCCA 34

*Republic v. Farad Ahmed and Others*, Supreme Court of Seychelles, Criminal Side No. 16 of 2012; (Criminal Side No: 16 of 2012) [2013] SCSC 17

*Republic v. Mohamed Ahmed Dahir & TEN (10) Others*, Supreme Court of Seychelles, Criminal Side No. 51 of 2009; (51 of 2009) [2010] SCSC 81

*Republic v. Mohammed Ali Hossein and Others*, [2016] SCSC 129, 20 January 2016, Supreme Court of Seychelles; (CO 06/2014) [2016] SCSC 129

*The Sunshine incident*; No citation available

*The Al Molai incident*; No citation available

#### Kenya

*Abdiaziz Ali Abdulahi & 23 others v Republic*, [2014] EKLR

*Abdikadir Isey Ali & 8 others v Republic*, [2015] EKLR

*Abdirahman Mohamed Roble & 10 others v Republic*, [2013] EKLR

*Attorney General V Mohamud Mohammed Hashi & 8 Others*, [2012] EKLR

*Hassan M. Ahmed v. Republic*, [2009] EKLR

*Omar Shariff Abdalla v. Corporate Insurance Co Ltd*, [2005] EKLR

*Republic v. Chief Magistrate Court, Mombasa Ex-parte Mohamud Mohamed Hashi & 8 Others*, [2010] EKLR

#### Asia

*Enrica Lexie case 2012* (India/Italy)

*Lia incident 2009* (China)

*MV Guanabara case 2011* (Japan)

*M/V Guanabara Case*, Tokyo High Court, 18 December 2013 (Japan)

*MV Jag Arnav case 2008* (India)

*MV Stolt Valor* (India)

*MV Zhenhua 2009* (China)

#### Europe & others

*Alakrana case 2009* (Spain)

*Athens Maritime Enterprises Corp v. Hellenic Mutual War Risks Association (Bermuda) Limited or the Andreas Lemos*, [1983] 1 All ER 590 (UK); [1982] 2 Lloyd's Rep. 483

*Carré d'As Case* (France)

*The case In Re Piracy Jure Gentium*, [1934] AC 586 (UK)

*Castle John case* (Belgium)

*The Cygnus case (Somali Pirates)*, Rotterdam District Court, 17 June 2010, 145 International Law Report 491, 499 (Netherlands); 145 I.L.R. 491, 491–92 (Rb. Rotterdam 2010)

*Feddah case 2012* (Netherlands); 22-004920-12 (ECLI:NL:GHDHA:2014:1006)

*Fidelio case*, Court of Cassation decision of 1 February 1993 (Italy)

*MV Faina case 2009* (Russia)

*MV Taipan case 2012* (Germany)

*New South Wales v. Commonwealth*, (1975) 135 CLR 337 (Australia)

*Petral case 2010* (Belgium)

*Pompei case 2009* (Belgium)

*Ponant Case* (France)

*Re Castioni*, [1891] 1QB 149 (UK)

*Republic of Bolivia v. Indemnity Mutual Marine Assurance Company Limited*, [1909] 1 KB 785 (UK)

*Samanyulo case 2009* (Netherlands)

*Tanit Case* (France)

*Winner Case 2008* (France)

*Americas*

*United States of America*

*The Belfast*, Supreme Court of the United States, December 1, 1868, 74 U.S. 624.

*Ex parte Gordon*, Supreme Court of the United States, December 1, 1861, 66 U.S. 503.

*Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, Supreme Court of the United States, April 17, 2013, 569 U.S. 108.

*Manro v. Almeida*, Supreme Court of the United States, March 8, 1825, 23 U.S. 473.

*New Jersey Steam Nav Co. v. Merchant's Bank of Boston*, Supreme Court of the United States, January 1, 1848, 47 U.S. 344.

*United States v. Flores*, Supreme Court of the United States, April 10, 1933, 289 U.S. 137.

*U.S. v. ALI*, United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, June 11, 2013, 718 F.3d 929 782 F.3d 159.

*U.S. v. ALI*, United States District Court, District of Columbia, July 13, 2012, 885 F.Supp.2d 17.

*U.S. v. Beyle*, United States Court of Appeals, Fourth Circuit, April 3, 2015, 782 F.3d 159.

*U.S. v. Dire*, United States Court of Appeals, Fourth Circuit, February 28, 2014, 680 F.3d 446

*U.S. v. Smith*, Supreme Court of the United States, February 25, 1820, 18 U.S. 153.

*U.S. v. Wiltberger*, Supreme Court of the United States, February 18, 2018, 18 U.S. 76.

## 5. International case law relating to the use of force at sea

*Affaires Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission*, 3 Septembre 2008, CJUE; Joined cases C-402/05 P and C-415/05 P.

*Enrica Lexie case, India v. Italy*, 2012; AIR 2012 SC 2134; 2013(4) SCALE 578. (2013) 4 SCC 721

*Guyana v. Suriname*, (2008) 47 ILM 164; ICGJ 370 (PCA 2007), 47 ILM 166, 2008

*Medvedyev v. France, judgment*, March 29, 2010, para.85 (Eur.Ct.H.R 2010); GC] 3394/03 Judgment 29.3.2010 [GC]

*M/V Saiga (No.2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, judgment, [1999] 3 ITLOS Rep 10 at 48; [1999] 3 ITLOS Rep 10 at 48

*SS I'm Alone (Canada v. United States)*, (1935) 3 RIAA 1609; 3 RIAA 1609

*The Red Crusader (Denmark v. UK)*, (1962) 35 ILR 485; (1962) 35 ILR 485

## 6. Legal Instruments (regional and multilateral legal instruments)

*UNCLOS, Articles 100-107, 110, 111, Article 87*

IMO Resolutions, Documents and Guidance

- *Assembly Resolution Res.A.922 (22) (November 29, 2001): Code of Practice for the Investigation of the Crimes of Piracy and Armed Robbery Against Ships,*
- *“Piracy : elements of national legislation pursuant to the United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982” (Doc LEG 98/8/1 and LEG 98/8/3, submitted by DOALOS*
- *“Establishment of a legislative framework to allow for effective and efficient piracy prosecutions” (Doc LEG 98/8/2, submitted by UNODC*
- *“Uniform and consistent application for the provisions of international conventions relating to piracy” (DOC LEG 98/8), submitted by IMO Secretariat*
- *“Establishment of a legislative framework to allow for effective and efficient piracy prosecutions” (DOC LEG 98/4), submitted by Ukraine*
- *Implications of the United Nations Convention on the Law of the Sea for the International Maritime Organization”, IMO, LEG/MISC.8, January 30, 2014; at 46-51 (Chapter on piracy*

IMO Assembly Resolutions

- *A.545(13) (1983), Measures to prevent acts of piracy and armed robbery against ships*
- *A.683(17) (1991), Prevention and suppression of acts of piracy and armed robbery against ships*
- *A.738(18) (1993), Measures to prevent and suppress piracy and armed robbery against ships*
- *A.979(24) (2005), Piracy and armed robbery against ships in waters off the coast of Somalia*
- *A.1002(25) (2007), Piracy and armed robbery against ships in waters off the coast of Somalia*
- *MSC.1/Circ. 1333 (2009), Recommendations to Governments for preventing and suppressing piracy and armed robbery against ships (replaces MSC/Circ.622/Rev.1)*
- *MSC.1/Circ. 1334 (2009), Guidance to Shipowners and ship operators, shipmasters and crews on preventing and suppressing acts of piracy and armed robbery against ships (replaces MSC/Circ.623/Rev.3)*
- *MSC.1/Circ. 1332 (2009), Piracy and armed robbery against ships in waters off the coast of Somalia*
- *MSC/Circ.1073 (2003), Directives for Maritime Rescue Co-ordination Centres (MRCCs) on Acts of Violence against Ships, Conference Report: Overview of legal issues relating to different private interests*
- *Draft 26<sup>th</sup> IMO Assembly Resolution, Adoption of the Code of Practice for Investigation of crimes of piracy and armed robbery against ships (2009), to replace A.922(22), MSC 86/26/Add.2, Annex 23*
- *Code of Conduct Concerning the Repression of Piracy and Armed Robbery Against Ships in the Western Indian Ocean and the Gulf of Aden, 2009, IMO doc. C 102/14, Annex*

- *SN.1/Circ.281, Information on Internationally Recommended Transit Corridor (IRTC) for Ships Transiting the Gulf of Aden, 32 August 2009*
- *Seoul Statement on Piracy off the Coast of Somalia, 10 June 2009, IMO doc. C 102/INF.3, Annex*

*SOLAS Convention (Convention on Safety of Life at Sea)*

*UNODC Regulations*

*ICC; International Chamber of Commerce*

*IMB (International Maritime Bureau)*

*FAO Resolutions*

**INTERPOL:**

- *INTERPOL's Global Piracy Database ; and its case: Greece to Prosecute First Maritime Piracy Case with Evidence Gathered by INTERPOL Team, December 12, 2012*
- *The EVEXI (Evidence Exploitation Intelligence)*

*IOCA Rules*

## **7. Security Council Resolutions**

S/Res/1816(2008), November 6, 2008

S/Res/1838(2008), October 7, 2008

S/Res/1846(2008), December 2, 2008

S/Res/1851(2008), December 16, 2008

S/Res/1897(2009), November 30, 2009

S/Res/1918(2010), April 23, 2010

S/Res/1950(2010), November 23, 2010

S/Res/1976(2011), April 11, 2011

S/Res/2015(2011), October 24, 2011

S/Res/2018(2011), October 31, 2011

S/Res/2020(2011), November 22, 2011

S/Res/2039(2012), February 29, 2012

S/Res/2077(2012), November 21, 2012

S/Res/2125(2013), November 18, 2013

S/Res/2383(2017), 7 November 2017

S/2012/45(2012), January 19, 2012

*S/2012/50, January 20, 2012: Report of the Secretary-General on specialized anti-piracy courts in Somalia and other States in the region*

## **8. United Nations General Assembly Resolutions and Documents**

G.A. Res. 63/111, para.61, U.N. Doc. A/RES/63/111, December 5, 2008

G.A. Res. 66/231, para.81, U.N. Doc. A/RES/66/231, December 24, 2011

G.A. Res. 67/78, para.88, U.N. Doc. A/RES/67/78, December 11, 2012

UNGA: International Expert Group on Piracy off the Somali Coast: Final Report: Assessment and Recommendations (workshop commissioned by the Special Representative of the Secretary-General of the United Nations to Somalia, 21 November 2008)

UN Basic Principles on Firearms, UN DocA /CONF.144/28/Rev.1, article 9

UN Doc. S/2011/30, January 25, 2011, Special Advisor to the Secretary-General on Legal Issues Related to Piracy off the Coast of Somalia (Special Advisor Jack Lang)

#### 9. Reports of the UN Secretary-General

S/2010/394, July 26, 2010

S/2010/556, October 27, 2010

S/2011/360, June 15, 2011

S/2011/662, October 25, 2011

S/2012/50, January 20, 2012

S/2012/783, October 22, 2012

S/2013/623, October 21, 2013

#### 10. International Cooperation

States involved: Australia, Canada, Denmark, France, India, the Netherlands, the Russian federation, Spain, the United Kingdom, the United States, Japan, China, South Korea, Germany, etc

*EU NAVFOR Atalanta, 2008*

*NATO Operation Ocean Shield, 2009*

*American-Led Combined Maritime Forces (Task Force 151 on piracy, 2009)*

“Exchange of Letters between the European union and the Government of Kenya on the Conditions and Modalities for the Transfer of Persons Suspected of having Committed Acts of Piracy”, Introductory Note by Eugene Kontorovich, in (2009) 48 *ILM* 747, 747-9

#### 11. Regional Cooperation

Regional Cooperation Agreement in Combating Piracy and Armed Robbery against Ships in Asia, 2006 (*ReCAAP, 2006*)

The Code of Conduct Concerning the Repression of Piracy and Armed Robbery Against Ships in the Western Indian Ocean and the Gulf of Aden, (*Djibouti Code of Conduct, 2009*)

Code of Conduct Concerning the Repression of Piracy, Armed Robbery against Ships, and illicit Maritime Activity in West and Central Africa (*Gulf of Guinea Code of Conduct, 2013*)

