



# Asamblea General

Distr. limitada  
20 de junio de 2017  
Español  
Original: inglés

---

## Comisión de Derecho Internacional

69º período de sesiones

Ginebra, 1 de mayo a 2 de junio y 3 de julio a 4 de agosto de 2017

### Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 69º período de sesiones

*Relator:* Sr. Bogdan Aurescu

#### Capítulo IV Crímenes de lesa humanidad

Adición

Versión revisada

#### Índice

	<i>Página</i>
C. Texto de los proyectos de artículo sobre los crímenes de lesa humanidad aprobados por la Comisión en primera lectura .....	
2. Texto de los proyectos de artículo con los comentarios .....	



## **C. Texto de los proyectos de artículo sobre los crímenes de lesa humanidad aprobados por la Comisión en primera lectura**

### **2. Texto de los proyectos de artículo con los comentarios**

1. A continuación se reproduce el texto de los proyectos de artículo con los comentarios aprobados por la Comisión, en primera lectura, en su 69º período de sesiones.

#### **Crímenes de lesa humanidad**

##### **Artículo 1**

##### **Ámbito de aplicación**

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

#### **Comentario**

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

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

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

##### **Artículo 2**

##### **Obligación general**

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

## Comentario

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

2) Al expresar esta obligación general, el proyecto de artículo 2 reconoce que los crímenes de lesa humanidad son “crímenes según el derecho internacional”. El Estatuto del Tribunal Militar Internacional establecido en Nuremberg<sup>1</sup> (en adelante, “Estatuto de Nuremberg”) incluyó los “crímenes de lesa humanidad” como parte de la competencia del Tribunal. Entre otras cosas, el Tribunal señaló que “las personas pueden ser sancionadas por vulnerar el derecho internacional. Los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por personas físicas, no por entidades abstractas, y solo sancionando a las personas que cometen tales crímenes se pueden hacer cumplir las disposiciones del derecho internacional”<sup>2</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>3</sup>.

3) Los principios del derecho internacional reconocidos en el Estatuto de Nuremberg fueron recordados y reafirmados en 1946 por la Asamblea General<sup>4</sup>, que también encargó a la Comisión que “formul[ara]” los principios del Estatuto de Nuremberg y preparara un proyecto de código en materia de delitos<sup>5</sup>. En 1950 la Comisión elaboró los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg, en los que se decía que los crímenes de lesa humanidad eran “sancionables como crímenes según el derecho internacional”<sup>6</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>7</sup>.

4) La consideración de los crímenes de lesa humanidad como “crímenes según el derecho internacional” indica que existen como crímenes con independencia de que la conducta haya sido tipificada en el derecho interno. El Estatuto de Nuremberg definió los crímenes de lesa humanidad como la comisión de determinados actos, “constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron” (art. 6 c)). En 1996, la Comisión concluyó un proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, que disponía, entre otras cosas, que los crímenes de lesa humanidad eran “crímenes de derecho internacional punibles en cuanto tales, estén o no sancionados en el

<sup>1</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, pág. 279 (en adelante, “Estatuto de Nuremberg”).

<sup>2</sup> Sentencia de 30 de septiembre de 1946, Tribunal Militar Internacional, en *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal* (Nuremberg, 14 de noviembre de 1945 a 1 de octubre de 1946), vol. 22 (1948), pág. 466.

<sup>3</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. Bevens (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>4</sup> Confirmación de los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, resolución 95 (I) de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 1946.

<sup>5</sup> Formulación de los principios reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg, resolución 177 (II) de la Asamblea General, de 21 de noviembre de 1947.

<sup>6</sup> *Yearbook...*, 1950, vol. II, documento A/1316, tercera parte, pág. 376 (principio VI).

<sup>7</sup> *Yearbook...*, 1954, vol. II, pág. 150.

derecho nacional”<sup>8</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>9</sup>.

5) El proyecto de artículo 2 también identifica los crímenes de lesa humanidad como crímenes según el derecho internacional, “cometidos o no en tiempo de conflicto armado”. La referencia al “conflicto armado” debe interpretarse en el sentido de que abarcan los conflictos armados tanto internacionales como no internacionales. La definición de crímenes de lesa humanidad que figura en el Estatuto de Nuremberg, en su versión modificada por el Protocolo de Berlín<sup>10</sup>, estaba vinculada a la existencia de un conflicto armado internacional; los actos solo constituían crímenes según el derecho internacional si se cometían “en ejecución de” aquellos crímenes que fueran competencia del Tribunal Militar Internacional “o en relación con” dichos crímenes, es decir, los crímenes contra la paz o los crímenes de guerra. Por tanto, la justificación para ocuparse de cuestiones que tradicionalmente entraban dentro de la competencia nacional de un Estado se basaba en la conexión del crimen con un conflicto interestatal. Esta conexión, a su vez, sugería la comisión de crímenes atroces a gran escala, tal vez como parte de un patrón de conducta<sup>11</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 la guerra, aunque en algunos casos la relación de esos crímenes con otros que entraban dentro de la competencia del Tribunal Militar Internacional era tenue<sup>12</sup>.

6) Sin embargo, los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg elaborados por la Comisión en 1950 definían los crímenes de lesa humanidad en el principio VI c) de una manera que no requería conexión alguna con un conflicto armado<sup>13</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 deben tener

<sup>8</sup> *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), pág. 19, párr. 50 (art. 1). El proyecto de código de 1996 contenía cinco categorías de crímenes, una de las cuales estaba constituida por los crímenes de lesa humanidad.

<sup>9</sup> *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte), págs. 90 y 91, párr. 5) del comentario al art. 26 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos (donde se sostiene que esas “normas imperativas que son claramente aceptadas y reconocidas comprenden las prohibiciones de [...] delitos contra la humanidad...”); véase también Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional, documento A/CN.4/L.682 y Corr.1, párr. 374 (que cita los crímenes de lesa humanidad entre “las reglas más frecuentemente citadas para el rango de *ius cogens*”).

<sup>10</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* (Nuremberg, 14 de noviembre de 1945 a 1 de octubre de 1946), vol. 1 (1947), págs. 17 y 18 (en adelante, “Protocolo de Berlín”). El Protocolo de Berlín sustituyó un punto y coma tras las palabras “antes de la guerra o durante la misma” por una coma, a fin de armonizar los textos en francés e inglés con el texto en ruso. *Ibid.*, pág. 17. Ello tuvo por efecto vincular la primera parte de la disposición con la parte final (“en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con estos”) y, por lo tanto, con la existencia de un conflicto armado internacional.

<sup>11</sup> Véase Comisión de las Naciones Unidas Encargada de Investigar los Crímenes de Guerra, *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>12</sup> Véase, por ejemplo, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, causa núm. IT-95-16-T, fallo, 14 de enero de 2000, Sala de Primera Instancia, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 576 (donde se observa el tenue vínculo que existía entre los crímenes de lesa humanidad cometidos por Baldur von Schirach y los demás delitos que entraban dentro de la competencia del Tribunal Militar Internacional), *Judicial Supplement No. 11*, enero de 2000.

<sup>13</sup> *Yearbook... 1950*, vol. II, documento A/1316, tercera parte, pág. 377, párr. 119.

conexión con un crimen contra la paz<sup>14</sup>. Al mismo tiempo, la Comisión sostuvo que “ciertos actos pueden ser crímenes de lesa humanidad aunque su autor los cometa contra su propia población”<sup>15</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 Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I), de 13 de febrero de 1946, y 95 (I), de 11 de diciembre de 1946”<sup>16</sup>.

7) La competencia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia incluía los “crímenes de lesa humanidad”. El artículo 5 del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia dispone que el Tribunal tendrá competencia para enjuiciar a las personas responsables de una serie de actos (tales como asesinatos, torturas o violaciones) “cuando hayan sido cometidos contra la población civil durante un conflicto armado, interno o internacional”<sup>17</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 Internacional para la ex-Yugoslavia se elaboró en 1993 en el entendimiento de que en la ex-Yugoslavia existía de hecho un conflicto armado; el Consejo de Seguridad ya había determinado que la situación constituía una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, lo que dio lugar a que el Consejo ejerciera las facultades de acción coercitiva previstas en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Así, la formulación utilizada en el artículo 5 (“conflicto armado”) fue concebida fundamentalmente para disipar la noción de que los crímenes de lesa humanidad tenían que estar vinculados con un “conflicto armado internacional”. Dado que esta formulación podía dar a entender que el derecho internacional consuetudinario requiere que haya un nexo con un conflicto armado, la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia aclaró posteriormente que no había “base lógica o jurídica” para mantener la relación con un conflicto armado, ya que “se ha abandonado” en la práctica de los Estados desde Nuremberg<sup>18</sup>. La Sala de Apelaciones también observó que la “obsolescencia del requisito del vínculo se pone de manifiesto en las convenciones internacionales sobre el genocidio y el *apartheid*, que prohíben determinados tipos de crímenes de lesa humanidad, con independencia de cualquier relación con los conflictos armados”<sup>19</sup>. De hecho, la Sala de Apelaciones mantuvo posteriormente que esa conexión en el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia se limitaba simplemente a circunscribir la competencia *ratione materiae* del Tribunal, y no suponía una codificación del derecho internacional consuetudinario<sup>20</sup>.

<sup>14</sup> *Ibid.*, párr. 123.

<sup>15</sup> *Ibid.*, párr. 124.

<sup>16</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 2017, eran parte en esa Convención 55 Estados. Para consultar una convención regional de carácter similar, véase el Convenio Europeo sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad y los Crímenes de Guerra (Estrasburgo, 25 de enero de 1974), Consejo de Europa, *Treaty Series*, núm. 82. En julio de 2017, eran parte en ese Convenio 8 Estados.

<sup>17</sup> Estatuto del Tribunal Internacional para el Enjuiciamiento de los Presuntos Responsables de las Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario Cometidas en el Territorio de la ex-Yugoslavia desde 1991, aprobado por el Consejo de Seguridad en su resolución 827 (1993) de 25 de mayo de 1993 y contenido en el informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, S/25704 y Add.1, anexo, art. 5 (en adelante, “Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia”).

<sup>18</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 Internacional para la ex-Yugoslavia, *Judicial Reports 1994-1995*, vol. I, párr. 140. Véase también *International Legal Materials* (ILM), vol. 35, núm. 1 (enero de 1996), párr. 140.

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> Véase, por ejemplo, *Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Čerkez*, causa núm. IT-95-14/2-T, fallo, 26 de febrero de 2001, Sala de Primera Instancia, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 33, *Judicial Supplement No. 24*, abril/mayo de 2001; *Prosecutor v. Duško Tadić*, causa núm. IT-94-1-A, fallo, 15 de julio de 1999, Sala de Apelaciones, Tribunal Internacional para la

8) En 1994 el Consejo de Seguridad estableció el Tribunal Penal Internacional para Rwanda y le confirió competencia para conocer de “crímenes de lesa humanidad”. Aunque el artículo 3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda reprodujo la misma serie de actos que figuraban en el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, en el encabezamiento del texto no se mantuvo la referencia a los conflictos armados<sup>21</sup>. Del mismo modo, el artículo 7 del Estatuto de Roma de 1998, tampoco mantuvo ninguna referencia a los conflictos armados.

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

### **Artículo 3** **Definición de crímenes de lesa humanidad**

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

- a) asesinato;
- b) exterminio;
- c) esclavitud;
- d) deportación o traslado forzoso de población;
- e) encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- f) tortura;
- g) violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;
- h) persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, según se define en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con el crimen de genocidio o crímenes de guerra;

---

ex-Yugoslavia, párrs. 249 a 251, *Judicial Supplement No. 6*, junio/julio de 1999. Véase también ILM, vol. 38 (1999) (“[E]l requisito del conflicto armado se cumple demostrando que *existía* un conflicto armado; eso es todo lo que el Estatuto requiere, con lo que demanda más de lo que exige el derecho internacional consuetudinario.”).

<sup>21</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, resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad, de 8 de noviembre de 1994, anexo, art. 3 (en adelante, “Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda”); véase *Semanza v. Prosecutor*, causa núm. ICTR-97-20-A, fallo, 20 de mayo de 2005, Sala de Apelaciones, Tribunal Penal Internacional para Rwanda, párr. 269 (“a diferencia del artículo 5 [del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia], el artículo 3 [del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda] no exige que se cometan los crímenes en el contexto de un conflicto armado. Se trata de una distinción importante.”).

- i) desaparición forzada de personas;
- j) el crimen de *apartheid*;
- k) otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

2. A los efectos del párrafo 1:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## Comentario

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

### *Definiciones de otros instrumentos*

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

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

3) En cambio, el principio VI c) de los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg elaborados por la Comisión en 1950 definía los crímenes de lesa humanidad como: “El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra una población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra, o en relación con él”<sup>22</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, 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>23</sup>.

5) El artículo 5 del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia de 1993, disponía que el Tribunal “tendrá competencia para enjuiciar a los [...] responsables” de una serie de actos (tales como asesinatos, torturas o violaciones) “cuando hayan sido cometidos contra la población civil durante un conflicto armado, interno o internacional”. Aunque el informe del Secretario General de las Naciones Unidas proponía que este artículo indicara que los crímenes de lesa humanidad “son actos inhumanos de carácter gravísimo [...] cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones nacionales, políticas, étnicas, raciales o religiosas”<sup>24</sup>, no se incluyó esa redacción precisa en el texto del artículo 5.

6) En cambio, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda de 1994, en su artículo 3, mantuvo la misma serie de actos, pero en la redacción del encabezamiento se introdujo la formulación del informe del Secretario General de 1993 “crímenes [...], cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil” y añadió “por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas...”. Así pues, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda dispuso expresamente que era necesaria una intención discriminatoria para establecer el crimen. El proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad

<sup>22</sup> *Yearbook... 1950*, vol. II, documento [A/1316](#), tercera parte, pág. 377, párr. 119.

<sup>23</sup> *Yearbook... 1954*, vol. II, pág. 150, párr. 50 (art. 2, párr. 11).

<sup>24</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.

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 incluía la formulación de la intención discriminatoria<sup>25</sup>. Los crímenes de lesa humanidad también han sido definidos en el ámbito de competencia de cortes o tribunales penales híbridos<sup>26</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 refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término ‘género’ no tendrá más acepción que la que antecede”. El artículo 7, párrafo 1 h), no mantiene la vinculación con un conflicto armado que caracterizaba al Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia ni el requisito de la intención discriminatoria recogido en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda (salvo en el caso de los actos de persecución).

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

### *Párrafos 1 a 3*

9) La definición de “crímenes de lesa humanidad” establecida en los párrafos 1 a 3 del proyecto de artículo 3 contiene tres requisitos generales que merecen cierto análisis. Estos requisitos, que aparecen íntegramente en el párrafo 1, han sido aclarados en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional y de otras cortes y tribunales internacionales o híbridos. La definición también enumera los actos prohibidos subyacentes que constituyen crímenes de lesa humanidad y detalla varios términos usados dentro de la definición, lo que da lugar a definiciones dentro de la definición. Sin duda, la jurisprudencia

<sup>25</sup> *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), pág. 51, art. 18.

<sup>26</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 (en adelante, “Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona”); Ley sobre el Establecimiento de Salas Especiales de los Tribunales de Camboya para el Procesamiento de los Crímenes Cometidos en el Período de la Kampuchea Democrática, 27 de octubre de 2004, art. 5 (en adelante, “Salas Especiales del Acuerdo de Camboya”).

que vayan creando la Corte Penal Internacional y otras cortes y tribunales internacionales o híbridos seguirá ayudando a informar a las autoridades nacionales, incluidos los tribunales, del sentido de esta definición, lo que a su vez promoverá criterios armonizados a escala nacional. La Comisión observa que sigue creándose, con el paso del tiempo, jurisprudencia pertinente, de suerte que el análisis que figura más abajo solo pretende señalar algunos de los parámetros de estos términos a julio de 2017.

*“Ataque generalizado o sistemático”*

10) El primer requisito general es que los actos han de cometerse como parte de un ataque “generalizado o sistemático”. Este requisito apareció por primera vez en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda<sup>27</sup>, aunque, en algunas decisiones, el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia sostuvo que el requisito estaba implícito incluso en su Estatuto, habida cuenta de la inclusión de esas palabras en el informe del Secretario General en que se proponía el Estatuto<sup>28</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>29</sup>. Esta interpretación del requisito de que el ataque sea generalizado/sistemático también se refleja en el comentario de la Comisión sobre el proyecto de código de crímenes de 1996, en el que afirmó que “un acto podría constituir un crimen contra la humanidad si se diera cualquiera de esos dos requisitos [de carácter sistemático o de escala]”<sup>30</sup>.

11) Cuando se examinó esta norma a los efectos del Estatuto de Roma de 1998, algunos Estados expresaron la opinión de que las condiciones “generalizado” y “sistemático” debían ser requisitos conjuntivos (ambos debían estar presentes para establecer la existencia del

<sup>27</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”*). 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>28</sup> *Prosecutor v. Blaškić*, causa núm. IT-95-14-T, fallo, 3 de marzo de 2000, Sala de Primera Instancia, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Judicial Reports 2000*, párr. 202; *Prosecutor v. Duško Tadić a/k/a “Dule”*, causa núm. IT-94-1-T, opinión y fallo, 7 de mayo de 1997, Sala de Primera Instancia, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Judicial Reports 1997*, párr. 648.

<sup>29</sup> Véanse, por ejemplo, *Prosecutor v. Mile Mrkšić, Miroslav Radić and Veselin Šljivančanin*, causa núm. IT-95-13/1-T, fallo, 27 de septiembre de 2007, Sala de Primera Instancia II, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 437 (“[E]l ataque debe ser generalizado o sistemático, siendo los requisitos disyuntivos y no acumulativos.”); *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, causa núm. ICTR-95-1-T, fallo, 21 de mayo de 1999, Sala de Primera Instancia, Tribunal Penal Internacional para Rwanda, párr. 123 (“El ataque debe responder a una de las condiciones alternativas de ser generalizado o sistemático.”); *Akayesu*, fallo, 2 de septiembre de 1998 (véase la nota 27 *supra*), párr. 579; *Tadić*, opinión y fallo, 7 de mayo de 1997 (véase la nota 28 *supra*), párr. 648 (“si se concluye que hubo generalización [...] o sistematismo [...], se cumple este requisito”).

<sup>30</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)*, párr. 78 (“los elementos que habría de tener en cuenta la definición de los crímenes de lesa humanidad: que estos crímenes [...] normalmente constituían ataques generalizados o sistemáticos”) (sin cursiva en el original); *Anuario...*, 1995, vol. II (segunda parte), párr. 90 (“las nociones de violaciones ‘sistemáticas’ y ‘masivas’ eran elementos complementarios de los crímenes considerados”); *Anuario...*, 1994, vol. II (segunda parte), pág. 42, párr. 14) del comentario al art. 21 (“la definición de crímenes de lesa humanidad abarca actos inhumanos de carácter muy grave que impliquen violaciones generalizadas o sistemáticas”) (sin cursiva en el original); y *Anuario...*, 1991, vol. II (segunda parte), pág. 112, párr. 3) del comentario al art. 21 (“basta con que esté presente uno de esos caracteres, el sistemático o el masivo, en cualquiera de los actos enumerados [...] para que exista la infracción.”).

crimen), porque, de lo contrario, la norma incluiría demasiados supuestos<sup>31</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>32</sup>, pero añadiendo en el artículo 7, párrafo 2 a), del Estatuto de Roma de 1998, una definición de “ataque”, que, como se indica a continuación, contiene un elemento de política.

12) Según la Sala de Primera Instancia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia en la causa *Kunarac*, “el adjetivo ‘generalizado’ se refiere al carácter a gran escala del ataque y al número de víctimas”<sup>33</sup>. Así pues, este requisito se refiere a una “multiplicidad de víctimas”<sup>34</sup> y excluye los actos aislados de violencia<sup>35</sup>, como el asesinato perpetrado contra víctimas individuales por parte de personas que actúen por su propia voluntad y no en el

<sup>31</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*, vol. II, documento A/CONF.183/13 (vol. II), págs. 162 y 163 (India); *ibid.*, pág. 165 (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Francia); *ibid.*, pág. 166 (Tailandia, Egipto); *ibid.*, pág. 167 (República Islámica del Irán); *ibid.*, pág. 169 (Turquía); *ibid.*, pág. 170 (Federación de Rusia); *ibid.*, pág. 171 (Japón).

<sup>32</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, de 1998, son disyuntivos. Véase *Situation in the Republic of Kenya*, causa núm. ICC-01/09, decisión con arreglo al artículo 15 del Estatuto de Roma, de 1998, relativa a la autorización de una investigación sobre la situación en la República de Kenya, 31 de marzo de 2010, Sala de Cuestiones Preliminares II, Corte Penal Internacional, párr. 94; véase también *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, causa núm. ICC-01/05-01/08, decisión con arreglo al artículo 61, párrafo 7 a) y b), del Estatuto de Roma sobre los cargos, 15 de junio de 2009, Sala de Cuestiones Preliminares II, Corte Penal Internacional, párr. 82; *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, causa núm. ICC-01/05-01/08, fallo con arreglo al artículo 74 del Estatuto, 21 de marzo de 2016, Sala de Cuestiones Preliminares III, Corte Penal Internacional, párr. 162.

<sup>33</sup> *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković*, causa núm. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, fallo, 22 de febrero de 2001, Sala de Primera Instancia, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 428, *Judicial Supplement No. 23*, febrero/marzo de 2001; véanse también *Bemba*, fallo, 21 de marzo de 2016 (véase la nota 32 *supra*), párr. 163; *Prosecutor v. Germain Katanga*, causa núm. ICC-01/04-01/07, fallo, 7 de marzo de 2014, Sala de Primera Instancia II, Corte Penal Internacional, párr. 1123; *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, causa núm. ICC-01/04-01/07, decisión relativa a la confirmación de los cargos, 30 de septiembre de 2008, Sala de Cuestiones Preliminares I, Corte Penal Internacional, párr. 394; *Prosecutor v. Vidoje Blagojević and Dragan Jokić*, causa núm. IT-02-60-T, fallo, 17 de enero de 2005, Sala de Primera Instancia I, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, párrs. 545 y 546; *Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Čerkez*, causa núm. IT-95-14/2-A, fallo [y corrección], 17 de diciembre de 2004, Sala de Apelaciones, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 94.

<sup>34</sup> *Bemba*, decisión, 15 de junio de 2009 (véase la nota 32 *supra*), párr. 83; *Kayishema*, fallo, 21 de mayo de 1999 (véase la nota 29 *supra*), párr. 123; *Akayesu*, fallo, 2 de septiembre de 1998 (véase la nota 27 *supra*), párr. 580; *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), pág. 51, art. 18 (donde se utiliza la expresión “en gran escala” en lugar de “generalizado”); véase también *Mrkšić*, fallo, 27 de septiembre de 2007 (véase la nota 29 *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>35</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 Harun and Ali Muhammad al Abd-al-Rahman*, causa núm. ICC-02/05-01/07, decisión relativa a la solicitud del Fiscal con arreglo al artículo 58, párrafo 7, del Estatuto, 27 de abril de 2007, Sala de Cuestiones Preliminares I, Corte Penal Internacional, párr. 62; véanse también *Prosecutor v. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda*, causa núm. ICTR-96-3-T, fallo, 6 de diciembre de 1999, Sala de Primera Instancia I, Tribunal Penal Internacional para Rwanda, párrs. 67 a 69; *Kayishema*, fallo, 21 de mayo de 1999 (véase la nota 29 *supra*), párrs. 122 y 123; *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), pág. 51; y *Anuario...*, 1991, vol. II (segunda parte), pág. 111.

marco de una iniciativa más amplia. Ese tipo de ataque puede ser “a gran escala, frecuente, llevado a cabo de manera colectiva con considerable gravedad y dirigido contra diversas víctimas”<sup>36</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 contexto de una campaña más amplia<sup>37</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, de modo que el ataque se produzca en diferentes lugares<sup>38</sup>. Así, en la causa *Bemba*, la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional consideró que había pruebas suficientes para establecer que un ataque había sido “generalizado” sobre la base de informes de ataques en diversos lugares en una amplia zona geográfica, incluidas pruebas de miles de violaciones, fosas comunes y un gran número de víctimas<sup>39</sup>. Ahora bien, no se requiere una zona geográfica amplia; el Tribunal 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>40</sup>.

14) En su decisión sobre la *Situación en la República de Kenya*, la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional indicó que “[l]a evaluación no es exclusivamente cuantitativa ni geográfica, sino que ha de llevarse a cabo sobre la base de los hechos concretos”<sup>41</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>42</sup>.

15) Al igual que el término “generalizado”, el término “sistemático” excluye los actos de violencia aislados o no conectados entre sí<sup>43</sup>, y la jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, del Tribunal Penal Internacional para Rwanda y de la Corte Penal Internacional refleja una visión similar de lo que se entiende por ese término. El Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia definió el término “sistemático” como “el carácter organizado de los actos de violencia y la improbabilidad de que ocurran al azar”<sup>44</sup> y estableció que la prueba de un patrón o plan metódico determinaba que un ataque fuera sistemático<sup>45</sup>. Así, la Sala de Apelaciones confirmó en la causa *Kunarac* que “los patrones criminales, a saber, la repetición no accidental y periódica de una conducta delictiva

<sup>36</sup> *Bemba*, fallo, 21 de marzo de 2016 (véase la nota 32 *supra*), párr. 163 (donde se cita *Bemba*, decisión, 15 de junio de 2009 (véase la nota 32 *supra*), párr. 83).

<sup>37</sup> *Kupreškić*, fallo, 14 de enero de 2000 (véase la nota 12 *supra*), párr. 550; *Tadić*, opinión y fallo, 7 de mayo de 1997 (véase la nota 28 *supra*), párr. 649.

<sup>38</sup> Véanse, por ejemplo, *Ntaganda*, decisión, 13 de julio de 2012 (véase la nota 35 *supra*), párr. 30; *Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*, causa núm. ICC-01/09-01/11, decisión relativa a la confirmación de los cargos con arreglo al artículo 61, párrafo 7 a) y b), del Estatuto de Roma, 23 de enero de 2012, Sala de Cuestiones Preliminares II, Corte Penal Internacional, párr. 177.

<sup>39</sup> *Bemba*, decisión, 15 de junio de 2009 (véase la nota 32 *supra*), párrs. 117 a 124; véase *Bemba*, fallo, 21 de marzo de 2016 (véase la nota 32 *supra*), párrs. 688 y 689.

<sup>40</sup> *Kordić*, fallo, 17 de diciembre de 2004 (véase la nota 33 *supra*), párr. 94; *Blaškić*, fallo, 3 de marzo de 2000 (véase la nota 28 *supra*), párr. 206.

<sup>41</sup> *Situation in the Republic of Kenya*, decisión, 31 de marzo de 2010 (véase la nota 32 *supra*), párr. 96, también párr. 95; véase también *Bemba*, fallo, 21 de marzo de 2016 (véase la nota 32 *supra*), párr. 163.

<sup>42</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 (véase la nota 32 *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>43</sup> Véase *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), pág. 51; *Anuario...*, 1991, vol. II (segunda parte), pág. 111.

<sup>44</sup> *Mrkšić*, fallo, 27 de septiembre de 2007 (véase la nota 29 *supra*), párr. 437; *Kunarac*, fallo, 22 de febrero de 2001 (véase la nota 33 *supra*), párr. 429.

<sup>45</sup> Véase, por ejemplo, *Tadić*, opinión y fallo, 7 de mayo de 1997 (véase la nota 28 *supra*), párr. 648.

similar, son una expresión común de ese carácter sistemático<sup>46</sup>. El Tribunal Penal Internacional para Rwanda ha adoptado un criterio similar<sup>47</sup>.

16) En consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, una Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional determinó en la causa *Harun* que “sistemático” se refiere al “carácter organizado de los actos de violencia y la improbabilidad de que ocurran al azar”<sup>48</sup>. Una Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional determinó en la causa *Katanga* que el término “se ha interpretado como un plan organizado en cumplimiento de una política común, que sigue un patrón regular y da lugar a una constante comisión de actos, o como ‘patrones criminales’, de modo que los crímenes constituyen una ‘repetición no accidental y periódica de una conducta delictiva similar’”<sup>49</sup>. Al aplicar la norma, una Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional determinó en la causa *Ntaganda* que el ataque había sido sistemático puesto que “los autores habían empleado medios y métodos similares para atacar las distintas localidades, a saber, se aproximaban a los objetivos simultáneamente, en gran número y desde diferentes direcciones, atacaban las aldeas con armas pesadas y perseguían sistemáticamente a la población con métodos similares, registrando casa por casa, buscando entre los matorrales, quemando todos los inmuebles y realizando saqueos”<sup>50</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>51</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>52</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 proyecto de artículo 3, párrafo 2 a), 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>53</sup>. Tal y como se analiza más abajo, la jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, del Tribunal Penal Internacional para Rwanda y de la Corte Penal Internacional ha interpretado el significado de cada una de esas expresiones: “contra”, “una”, “población”, “civil”, “una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos” y “política de un Estado o de una organización”.

<sup>46</sup> *Prosecutor v. Kunarac*, causa núm. IT-96-23 & IT-96-23/1-A, fallo, 12 de junio de 2002, Sala de Apelaciones, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 94, *Judicial Supplement No. 34*, junio de 2002.

<sup>47</sup> *Kayishema*, fallo, 21 de mayo de 1999 (véase la nota 29 *supra*), párr. 123; *Akayesu*, fallo, 2 de septiembre de 1998 (véase la nota 27 *supra*), párr. 580.

<sup>48</sup> *Harun*, decisión, 27 de abril de 2007 (véase la nota 35 *supra*), párr. 62 (donde se cita *Kordić*, fallo, 17 de diciembre de 2004 (véase la nota 33 *supra*), párr. 94, que cita, a su vez, *Kunarac*, fallo, 22 de febrero de 2001 (véase la nota 33 *supra*), párr. 429); véase también *Ruto*, decisión, 23 de enero de 2012 (véase la nota 38 *supra*), párr. 179; *Situation in the Republic of Kenya*, decisión, 31 de marzo de 2010 (véase la nota 32 *supra*), párr. 96; *Katanga*, decisión, 30 de septiembre de 2008 (véase la nota 33 *supra*), párr. 394.

<sup>49</sup> *Katanga*, decisión, 30 de septiembre de 2008 (véase la nota 33 *supra*), párr. 397.

<sup>50</sup> *Ntaganda*, decisión, 13 de julio de 2012 (véase la nota 35 *supra*), párr. 31; véase también *Ruto*, decisión, 23 de enero de 2012 (véase la nota 38 *supra*), párr. 179.

<sup>51</sup> *Ntaganda*, decisión, 9 de junio de 2014 (véase la nota 34 *supra*), párr. 24.

<sup>52</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>53</sup> Véase el Estatuto de Roma; véase también Corte Penal Internacional, Elementos de los Crímenes, documento PCNICC/2000/1/Add.2, pág. 6.

18) El Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia ha establecido que la palabra “contra” exige que los civiles sean el principal objetivo deliberado del ataque, y no víctimas casuales<sup>54</sup>. Las Salas de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional adoptaron posteriormente esta interpretación en la causa *Bemba* y en la decisión sobre la *Situación en la República de Kenia*<sup>55</sup>, al igual que las Salas de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional en los fallos de las causas *Katanga* y *Bemba*<sup>56</sup>. En la causa *Bemba*, la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional determinó que había pruebas suficientes que ponían de manifiesto que el ataque se había dirigido “contra” civiles de la República Centroafricana<sup>57</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>58</sup>. La Sala también llegó a la conclusión de que los soldados del MLC tuvieron como objetivo *principal* a los civiles, como puso de manifiesto un ataque en una localidad en la que los soldados del MLC no encontraron tropas rebeldes a las que alegaran estar persiguiendo<sup>59</sup>. La palabra “contra” hace hincapié en la intención del ataque y no en el resultado físico del ataque<sup>60</sup>. Es el ataque, no los actos del autor concreto, el que ha de estar dirigido “contra” la población que constituye el objetivo<sup>61</sup>. La Sala de Primera Instancia que conoció de la causa *Bemba* confirmó después “que la población civil era el principal, y no el accidental, objetivo del ataque y que, a su vez, el ataque iba dirigido contra la población civil de la [República Centroafricana]”<sup>62</sup>. Al hacerlo, ha explicado que “[c]uando se lleva a cabo un ataque en una zona con civiles y no civiles, entre los factores pertinentes para determinar si el ataque iba dirigido contra la población civil figuran los medios y métodos empleados durante el ataque, la situación de las víctimas, su número, el carácter discriminado del ataque, la naturaleza de los crímenes cometidos durante el mismo, la forma de resistencia a los asaltantes en el momento del ataque y la medida en que la fuerza atacante cumplió los requisitos cautelares del derecho de la guerra”<sup>63</sup>.

19) La palabra “una” indica que la expresión “población civil” ha de tener una definición amplia y debe interpretarse en sentido amplio<sup>64</sup>. Un ataque se puede cometer contra civiles, “independientemente de su nacionalidad, origen étnico o cualquier otra característica distintiva”<sup>65</sup> y se puede perpetrar contra nacionales o extranjeros<sup>66</sup>. Puede ser objeto de un ataque, entre otros, “un grupo definido por su (presunta) afiliación política”<sup>67</sup>. Para que puedan ser considerados “población civil” en tiempos de conflicto armado,

<sup>54</sup> Véase, por ejemplo, *Kunarac*, fallo, 22 de febrero de 2001 (véase la nota 33 *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.”).

<sup>55</sup> *Situation in the Republic of Kenya*, decisión, 31 de marzo de 2010 (véase la nota 32 *supra*), párr. 82; *Bemba*, decisión, 15 de junio de 2009 (véase la nota 32 *supra*), párr. 76.

<sup>56</sup> *Katanga*, fallo, 7 de marzo de 2014 (véase la nota 33 *supra*), párr. 1104; *Bemba*, fallo, 21 de marzo de 2016 (véase la nota 32 *supra*), párr. 154.

<sup>57</sup> *Bemba*, decisión, 15 de junio de 2009 (véase la nota 32 *supra*), párr. 94; véase también *Ntaganda*, decisión, 13 de julio de 2012 (véase la nota 35 *supra*), párrs. 20 y 21.

<sup>58</sup> *Bemba*, decisión, 15 de junio de 2009 (véase la nota 32 *supra*), párr. 94.

<sup>59</sup> *Ibid.*, párrs. 95 a 98.

<sup>60</sup> Véase, por ejemplo, *Blaškić*, fallo, 3 de marzo de 2000 (véase la nota 28 *supra*), párr. 208, nota 401.

<sup>61</sup> *Kunarac*, fallo, 12 de junio de 2002 (véase la nota 46 *supra*), párr. 103.

<sup>62</sup> *Bemba*, fallo, 21 de marzo de 2016 (véase la nota 32 *supra*), párr. 674.

<sup>63</sup> *Ibid.*, párr. 153 (donde se cita la jurisprudencia de diversos tribunales y cortes internacionales).

<sup>64</sup> Véanse, por ejemplo, *Mrkšić*, fallo, 27 de septiembre de 2007 (véase la nota 29 *supra*), párr. 442; *Prosecutor v. Kupreškić*, fallo, 14 de enero de 2000 (véase la nota 12 *supra*), párr. 547 (“Se pretende establecer una definición amplia de ‘población’ y de ‘civil’. Ello está garantizado en primer lugar por medio del objeto y el propósito de los principios y normas generales del derecho humanitario, en particular por las normas que prohíben los crímenes de lesa humanidad.”); *Kayishema*, fallo, 21 de mayo de 1999 (véase la nota 29 *supra*), párr. 127; *Tadić*, opinión y fallo, 7 de mayo de 1997 (véase la nota 28 *supra*), párr. 643.

<sup>65</sup> *Katanga*, decisión, 30 de septiembre de 2008 (véase la nota 33 *supra*), párr. 399 (donde se cita *Tadić*, opinión y fallo, 7 de mayo de 1997 (véase la nota 28 *supra*), párr. 635); véase también *Katanga*, fallo, 7 de marzo de 2014 (véase la nota 33 *supra*), párr. 1103; *Bemba*, fallo, 21 de marzo de 2016 (véase la nota 32 *supra*), párr. 155.

<sup>66</sup> Véase, por ejemplo, *Kunarac*, fallo, 22 de febrero de 2001 (véase la nota 33 *supra*), párr. 423.

<sup>67</sup> *Ruto*, decisión, 23 de enero de 2012 (véase la nota 38 *supra*), párr. 164.

quienes son objeto del ataque han de tener carácter “predominantemente” civil; la presencia de algunos combatientes dentro de la población no cambia su naturaleza<sup>68</sup>. Este enfoque se adecúa a otras normas dimanantes del derecho internacional humanitario. Por ejemplo, en el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 se indica lo siguiente: “La presencia entre la población civil de personas cuya condición no responda a la definición de persona civil no priva a esa población de su calidad de civil”<sup>69</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>70</sup>. La condición de una víctima específica ha de evaluarse en el momento de cometerse el delito<sup>71</sup>; una persona debe considerarse civil cuando haya duda acerca de su condición<sup>72</sup>.

20) “Población” no significa que toda la población de una determinada ubicación geográfica ha de ser objeto del ataque<sup>73</sup>, sino que indica el carácter colectivo del crimen como un ataque contra múltiples víctimas<sup>74</sup>. Tal y como señaló la Sala de Primera Instancia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia en la causa *Gotovina*, el concepto denota que el ataque no se dirige contra “un número limitado de personas elegidas al azar”<sup>75</sup>. En las decisiones de la Corte Penal Internacional en la causa *Bemba* y en la decisión sobre la

<sup>68</sup> Véanse, por ejemplo, *Katanga*, fallo, 7 de marzo de 2014 (véase la nota 33 *supra*), párr. 1105 (donde se mantiene que la población atacada “debe estar compuesta fundamentalmente por civiles” y que la “presencia de personas que no sean civiles en su seno no afecta, por tanto, a su condición de población civil”); *Mrkšić*, fallo, 27 de septiembre de 2007 (véase la nota 29 *supra*), párr. 442; *Kunarac*, fallo, 22 de febrero de 2001 (véase la nota 33 *supra*), párr. 425 (“la presencia de determinadas personas que no sean civiles en su seno no cambia el carácter de la población”); *Kordić*, fallo, 26 de febrero de 2001 (véase la nota 20 *supra*), párr. 180; *Blaškić*, fallo, 3 de marzo de 2000 (véase la nota 28 *supra*), párr. 214 (“la presencia de soldados en el seno de una población civil que es intencionadamente objeto de un ataque no altera el carácter civil de esa población”); *Prosecutor v. Kupreškić*, fallo, 14 de enero de 2000 (véase la nota 12 *supra*), párr. 549 (“la presencia de quienes participan activamente en el conflicto no debería impedir que una población sea considerada civil”); *Kayishema*, fallo, 21 de mayo de 1999 (véase la nota 29 *supra*), párr. 128; *Akayesu*, fallo, 2 de septiembre de 1998 (véase la nota 27 *supra*), párr. 582 (“El hecho de que haya determinadas personas entre la población civil cuya condición no responda a la definición de persona civil no priva a esa población de su calidad de civil.”); *Tadić*, opinión y fallo, 7 de mayo de 1997 (véase la nota 28 *supra*), párr. 638.

<sup>69</sup> Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), art. 50, párr. 3.

<sup>70</sup> *Kayishema*, fallo, 21 de mayo de 1999 (véase la nota 29 *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>71</sup> *Blaškić*, fallo, 3 de marzo de 2000 (véase la nota 28 *supra*), párr. 214 (“[S]e debe tener en cuenta la situación específica de la víctima en el momento en que se cometieron los crímenes, en lugar de su condición, para determinar su carácter civil.”); véanse también *Kordić*, fallo, 26 de febrero de 2001 (véase la nota 20 *supra*), párr. 180 (“las personas que en un momento determinado llevaron a cabo actos de resistencia pueden, en ciertas circunstancias, ser víctimas de un crimen de lesa humanidad”); *Akayesu*, fallo, 2 de septiembre de 1998 (véase la nota 27 *supra*), párr. 582 (donde se determinó que la población civil incluía a “los miembros de las fuerzas armadas que habían depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate”).

<sup>72</sup> *Kunarac*, fallo, 22 de febrero de 2001 (véase la nota 33 *supra*), párr. 426.

<sup>73</sup> Véanse *Situation in the Republic of Kenya*, decisión, 31 de marzo de 2010 (véase la nota 32 *supra*), párr. 82; *Bemba*, decisión, 15 de junio de 2009 (véase la nota 32 *supra*), párr. 77; *Kunarac*, fallo, 22 de febrero de 2001 (véase la nota 33 *supra*), párr. 424; *Tadić*, opinión y fallo, 7 de mayo de 1997 (véase la nota 28 *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>74</sup> Véase *Tadić*, opinión y fallo, 7 de mayo de 1997 (véase la nota 28 *supra*), párr. 644.

<sup>75</sup> *Prosecutor v. Ante Gotovina, Ivan Čermak and Mladen Markač*, causa núm. IT-06-90-T, fallo, 15 de abril de 2011, Sala de Primera Instancia I, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 1704.

*Situación en la República de Kenya* se adoptó un enfoque similar y se declaró que el Fiscal había de establecer que el ataque no iba dirigido contra un grupo limitado de personas<sup>76</sup>.

21) La primera parte del proyecto de artículo 3, párrafo 2 a), se refiere a “una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil”. Aunque esa redacción no figuraba en la definición de crímenes de lesa humanidad del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, dicha formulación refleja la jurisprudencia de ambos Tribunales<sup>77</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 de 1998 se dispone que “[n]o es necesario que los actos” a que se hace referencia en el artículo 7, párrafo 2 a), “constituyan un ataque militar”<sup>78</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>79</sup>.

22) En la segunda parte del proyecto de artículo 3, párrafo 2 a), se afirma que el ataque ha de llevarse a cabo “de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer este ataque o para promover esa política”. El requisito del elemento de una “política” no figuraba como parte de la definición de crímenes de lesa humanidad en los estatutos de las cortes y tribunales internacionales hasta la aprobación del Estatuto de Roma de 1998<sup>80</sup>. Aun cuando el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda no contenían el elemento de política en su definición de crímenes de lesa humanidad<sup>81</sup>, parte de la jurisprudencia inicial indicó que era necesario<sup>82</sup>. Así, la Sala de Primera Instancia en la causa *Tadić* realizó un importante análisis del elemento de política en los primeros años del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, análisis que influiría posteriormente en la redacción del Estatuto de Roma de 1998. La Sala de Primera Instancia determinó que:

<sup>76</sup> *Situation in the Republic of Kenya*, decisión, 31 de marzo de 2010 (véase la nota 32 *supra*), párr. 81; *Bemba*, decisión, 15 de junio de 2009 (véase la nota 32 *supra*), párr. 77; *Bemba*, fallo, 21 de marzo de 2016 (véase la nota 32 *supra*), párr. 154.

<sup>77</sup> Véanse, por ejemplo, *Kunarac*, fallo, 22 de febrero de 2001 (véase la nota 33 *supra*), párr. 415 (donde se define ataque como “una línea de conducta que implique la comisión de actos de violencia”); *Kayishema*, fallo, 21 de mayo de 1999 (véase la nota 29 *supra*), párr. 122 (donde se define ataque como el “hecho del que deben formar parte los crímenes enumerados”); *Akayesu*, fallo, 2 de septiembre de 1998 (véase la nota 27), 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>78</sup> Véase Corte Penal Internacional, Elementos de los Crímenes, pág. 10.

<sup>79</sup> *Katanga*, fallo, 7 de marzo de 2014 (véase la nota 33 *supra*), párr. 1101.

<sup>80</sup> El artículo 6 c) del Estatuto de Nuremberg no contiene ninguna referencia explícita a un plan o una política. No obstante, la sentencia de Nuremberg sí utilizó un elemento de “política” cuando examinó el artículo 6 c) en el contexto del concepto de “ataque” en su conjunto. Véase Sentencia del 30 de septiembre de 1946 (véase la nota 2 *supra*), pág. 493 (“La política de terror fue puesta en práctica, sin duda, a gran escala, y en muchos casos era organizada y sistemática. La política de persecución, represión y asesinato de civiles que podían ser hostiles al Gobierno en Alemania antes de la guerra de 1939 se llevó a cabo de la manera más despiadada.”). El artículo II, párrafo 1 c), de la Ley núm. 10 del Consejo de Control, sobre el Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra, Crímenes contra la Paz y Crímenes de Lesa Humanidad tampoco contiene ninguna referencia a un plan o a una política en su definición de crímenes de lesa humanidad. Ley núm. 10 del Consejo de Control, sobre el Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra, Crímenes contra la Paz y Crímenes de Lesa Humanidad, 20 de diciembre de 1945, en *Official Gazette of the Control Council for Germany*, vol. 3, pág. 52 (1946).

<sup>81</sup> La Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia determinó que no existía un elemento de política en los crímenes de lesa humanidad en el derecho internacional consuetudinario; véase *Kunarac*, fallo, 12 de junio de 2002 (véase la nota 46 *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.

<sup>82</sup> *Tadić*, opinión y fallo, 7 de mayo de 1997 (véase la nota 28 *supra*), párrs. 644, 653 a 655 y 626.

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>83</sup>.

La Sala de Primera Instancia señaló además que, habida cuenta del elemento de política, este tipo de crímenes “no puede ser obra únicamente de personas aisladas”<sup>84</sup>. No obstante, la jurisprudencia posterior del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia restó importancia al elemento de política, considerándolo como suficiente simplemente para probar la existencia de un ataque generalizado o sistemático<sup>85</sup>.

23) Antes del Estatuto de Roma de 1998, la labor de la Comisión solía requerir un elemento de política en sus proyectos de código. El proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad elaborado por la Comisión en 1954 definió los crímenes de lesa humanidad como: “Los actos inhumanos, tales como el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o las persecuciones contra cualquier población civil por motivos sociales, políticos, raciales o culturales, perpetrados *por las autoridades de un Estado o por particulares que actúen por instigación de dichas autoridades o con su tolerancia*”<sup>86</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 por su cuenta, sin la participación de ningún Estado<sup>87</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 (“generalizado”) o el carácter sistemático.

24) El proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad elaborado por la Comisión en 1996 también reconoció un requisito de política, puesto que definió los crímenes de lesa humanidad como “la comisión sistemática o en gran escala e *instigada o dirigida por un Gobierno o por una organización o grupo* de cualquiera de los actos siguientes”<sup>88</sup>. La Comisión incluyó este requisito para excluir los actos inhumanos cometidos por una persona “por su propia iniciativa al realizar su plan criminal propio, pero sin que exista ningún estímulo ni dirección por parte de un Gobierno o de un grupo u organización”<sup>89</sup>. En otras palabras, el elemento de política trataba de excluir delitos “comunes” de personas que actuaran por su propia iniciativa y sin conexión alguna con un Estado o una organización.

25) El proyecto de artículo 3, párrafo 2 a), contiene el mismo elemento de política previsto en el artículo 7, párrafo 2 a), del Estatuto de Roma de 1998. En los Elementos de los Crímenes del régimen del Estatuto de Roma de 1998 se dispone que una “política [...]

<sup>83</sup> *Ibid.*, párr. 653.

<sup>84</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 Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 26).

<sup>85</sup> Véanse, por ejemplo, *Kunarac*, fallo, 12 de junio de 2002 (véase la nota 46 *supra*), párr. 98; *Kordić*, fallo, 26 de febrero de 2001 (véase la nota 20 *supra*), párr. 182 (donde se determinó que “la existencia de un plan o una política debería considerarse más bien como una indicación del carácter sistemático de los delitos calificados como crímenes de lesa humanidad”); *Kayishema*, fallo, 21 de mayo de 1999 (véase la nota 29 *supra*), párr. 124 (“Para que un acto de victimización en masa sea un crimen de lesa humanidad debe incluir un elemento de política. Cualquiera de los requisitos del carácter generalizado o sistemático es suficiente para excluir actos que no se hayan cometido como parte de una política o un plan más amplios.”); *Akayesu*, fallo, 2 de septiembre de 1998 (véase la nota 27 *supra*), párr. 580.

<sup>86</sup> *Yearbook... 1954*, vol. II, pág. 150 (sin cursiva en el original).

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), pág. 51 (sin cursiva en el original).

<sup>89</sup> *Ibid.* Al explicar la inclusión del requisito de la política, la Comisión señaló lo siguiente: “Sería sumamente difícil para una sola persona que actuase aislada cometer los actos inhumanos previstos en el artículo 18”.

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>90</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>91</sup>.

26) Este elemento de "política" se ha examinado en varias causas sustanciadas ante la Corte Penal Internacional<sup>92</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>93</sup>. Más bien, mientras que "sistemático" requiere altos niveles de organización y patrones de conducta o una violencia recurrente<sup>94</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>95</sup>. Además, el requisito de la "política" no requiere proyectos formales o planes preestablecidos, puede llevarse a cabo mediante actos u omisiones y puede inferirse de las circunstancias<sup>96</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>97</sup>. Asimismo, la política no tiene que ser concreta o precisa y puede evolucionar con el tiempo a medida que varían las circunstancias<sup>98</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 sigue una conducta prevista por la política y teniendo conocimiento de ello<sup>99</sup>.

27) Del mismo modo, en su decisión en la que confirmaba el procesamiento de Laurent Gbagbo, la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional sostuvo que "política" no debía unirse a "sistemático"<sup>100</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>101</sup>. El elemento de política requiere que los actos estén "vinculados" a un Estado o una organización<sup>102</sup> y excluye "actos espontáneos o aislados de violencia"; en cambio, una política no tiene que ser adoptada formalmente<sup>103</sup> y no se requieren pruebas de

<sup>90</sup> Corte Penal Internacional, Elementos de los Crímenes (véase la nota 53 *supra*), pág. 10.

<sup>91</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 (véase la nota 12 *supra*), párrs. 554 y 555 ("aprobado", "consentido", "aprobación explícita o implícita"); *Yearbook... 1954*, vol. II, pág. 150 (art. 2, párr. 11) ("tolerancia"); y Consejo de Seguridad, Informe de la Comisión de Expertos Establecida en virtud de la resolución 780 (1992) del Consejo de Seguridad, documento S/1994/674, párr. 85.

<sup>92</sup> Véanse, por ejemplo, *Ntaganda*, decisión, 13 de julio de 2012 (véase la nota 35 *supra*), párr. 24; *Bemba*, decisión, 15 de junio de 2009 (véase la nota 32 *supra*), párr. 81; *Katanga*, decisión, 30 de septiembre de 2008 (véase la nota 33 *supra*), párr. 396.

<sup>93</sup> *Katanga*, fallo, 7 de marzo de 2014 (véase la nota 33 *supra*), párr. 1112; véanse también *ibid.*, párr. 1101; *Gbagbo*, decisión, 12 de junio de 2014 (véase la nota 52 *supra*), párr. 208.

<sup>94</sup> *Katanga*, fallo, 7 de marzo de 2014 (véase la nota 33 *supra*), párrs. 1111 a 1113.

<sup>95</sup> *Ibid.*, párr. 1113.

<sup>96</sup> *Ibid.*, párrs. 1108, 1109 y 1113.

<sup>97</sup> *Ibid.*, párr. 1109; véase también *Gbagbo*, decisión, 12 de junio de 2014 (véase la nota 52 *supra*), párrs. 211, 212 y 215.

<sup>98</sup> *Katanga*, fallo, 7 de marzo de 2014 (véase la nota 33 *supra*), párr. 1110.

<sup>99</sup> *Bemba*, fallo, 15 de junio de 2016 (véase la nota 32 *supra*), párr. 161.

<sup>100</sup> *Gbagbo*, fallo, 12 de junio de 2014 (véase la nota 52 *supra*), párrs. 208 y 216.

<sup>101</sup> *Ibid.*, párr. 216.

<sup>102</sup> *Ibid.*, párr. 217.

<sup>103</sup> *Ibid.*, párr. 215.

razones o motivos concretos<sup>104</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>105</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>106</sup>.

28) La segunda parte del proyecto de artículo 3, párrafo 2 a), hace referencia a la política de un “Estado o de una organización” para cometer ese ataque, al igual que el artículo 7, párrafo 2 a), del Estatuto de Roma de 1998. En su decisión sobre la *Situación en la República de Kenya*, la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional sugirió que el significado de “Estado” en el artículo 7, párrafo 2 a), no requería “mayores explicaciones”<sup>107</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>108</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>109</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 implica la comisión múltiple de actos” y “un conjunto de estructuras o mecanismos, de cualquier índole, suficientemente eficientes para asegurar la coordinación necesaria para llevar a cabo un ataque contra una población civil”<sup>110</sup>.

30) En su decisión sobre la *Situación en la República de Kenya*, la mayoría de la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional rechazó la idea de que “solo las organizaciones semejantes a Estados pueden considerarse” organizaciones a los efectos del artículo 7, párrafo 2 a), y afirmó además que “el carácter formal de un grupo y el nivel de su organización no deben ser los criterios determinantes. En lugar de ello [...] debe hacerse una distinción en función de si un grupo tiene la capacidad necesaria para llevar a cabo actos que atenten contra valores humanos fundamentales”<sup>111</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:

<sup>104</sup> *Ibid.*, párr. 214.

<sup>105</sup> *Bemba*, decisión, 15 de junio de 2009 (véase la nota 32 *supra*), párr. 115.

<sup>106</sup> *Bemba*, fallo, 21 de marzo de 2016 (véase la nota 32 *supra*), párr. 669.

<sup>107</sup> *Situation in the Republic of Kenya*, decisión, 31 de marzo de 2010 (véase la nota 32 *supra*), párr. 89.

<sup>108</sup> *Ibid.*

<sup>109</sup> *Katanga*, decisión, 30 de septiembre de 2008 (véase la nota 33 *supra*), párr. 396 (donde se cita la jurisprudencia del Tribunal 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, *Anuario...*, 1991, vol. II (segunda parte), pág. 111); véase también *Bemba*, decisión, 15 de junio de 2009 (véase la nota 32 *supra*), párr. 81.

<sup>110</sup> *Katanga*, fallo, 7 de marzo de 2014 (véase la nota 33 *supra*), párr. 1119.

<sup>111</sup> *Situation in the Republic of Kenya*, decisión, 31 de marzo de 2010 (véase la nota 32 *supra*), párr. 90. Esta interpretación fue acogida igualmente por la Sala de Primera Instancia en la causa *Katanga* al afirmar lo siguiente: “No obstante, que el ataque tenga que caracterizarse también por ser generalizado o sistemático no significa que la organización que lo promueve o alienta deba estructurarse de forma tal que adopte los rasgos de un Estado”. *Katanga*, fallo, 7 de marzo de 2014 (véase la nota 33 *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.

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>112</sup>.

31) Como consecuencia de la “política” que puede emanar de una organización no estatal, la definición que figura en los párrafos 1 a 3 del proyecto de artículo 3 no requiere que el que comete el delito sea un funcionario o agente del Estado. Este criterio es acorde con la evolución de los crímenes de lesa humanidad en el derecho internacional. En 1991, al comentar el proyecto de disposición sobre crímenes de lesa humanidad que pasaría a ser el proyecto de código de crímenes de 1996, la Comisión dijo que “el [proyecto de] artículo no se limita a señalar como autores posibles de los crímenes previstos en el mismo a los funcionarios o representantes de un Estado” y que “no excluye la posibilidad de que simples particulares, dotados de un poder de hecho u organizados en bandas o grupos criminales, puedan también cometer el tipo de violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos a que se refiere ese artículo, en cuyo caso sus actos caerían dentro del ámbito del proyecto de código”<sup>113</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>114</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 particulares o a los agentes de un Estado”<sup>115</sup>.

32) La jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia aceptó la posibilidad de que se enjuiciara a actores no estatales por crímenes de lesa humanidad. Por ejemplo, en la causa *Tadić*, una de las Salas de Primera Instancia del Tribunal afirmó que “el derecho, en relación con los crímenes de lesa humanidad, ha evolucionado hasta tener en cuenta a fuerzas que, aunque no sean las del gobierno legítimo, tienen el control *de facto* de un territorio definido o pueden moverse libremente por él”<sup>116</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>117</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>118</sup>. Asimismo, en la causa *Mbarushimana*, el fiscal presentó cargos contra un acusado vinculado con las Fuerzas Democráticas para la

<sup>112</sup> *Ruto*, decisión, 23 de enero de 2012 (véase la nota 38 *supra*), párr. 185; véanse también *Situation in the Republic of Kenya*, decisión, 31 de marzo de 2010 (véase la nota 32 *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>113</sup> *Anuario...*, 1991, vol. II (segunda parte), pág. 112.

<sup>114</sup> *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), pág. 51 (art. 18) (sin cursiva en el original).

<sup>115</sup> *Ibid.*

<sup>116</sup> *Tadić*, opinión y fallo, 7 de mayo de 1997 (véase la nota 28 *supra*), párr. 654. Para un análisis más detallado respecto de los autores no estatales, véase *ibid.*, párr. 655.

<sup>117</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 Internacional para la ex-Yugoslavia, párrs. 212 y 213.

<sup>118</sup> *Ntaganda*, decisión, 13 de julio de 2012 (véase la nota 35 *supra*), párr. 22.

Liberación de Rwanda, descritas en sus estatutos como un “grupo armado que persigue ‘reconquistar y defender la soberanía nacional’ de Rwanda”<sup>119</sup>. En la causa contra Joseph Kony relativa a la situación en Uganda, el acusado está 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>120</sup> dotado de “una organización jerárquica y un funcionamiento de carácter militar”<sup>121</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, ancianos kalenjin y dirigentes locales”<sup>122</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, bloqueos de carreteras y el idioma”<sup>123</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 Internacional para la ex-Yugoslavia y del Tribunal Penal Internacional para Rwanda ha concluido que el autor ha de tener conocimiento de que se está produciendo un ataque contra la población civil y, además, de que su acto forma parte de ese ataque<sup>124</sup>. Este enfoque con dos partes se refleja en los Elementos de los Crímenes del régimen del Estatuto de Roma de 1998, que exige para cada uno de los actos prohibidos que el último elemento de ese acto sea el siguiente: “Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo”. Aun así, se indica lo siguiente:

el último elemento no debe interpretarse en el sentido de que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización. En el caso de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil que esté comenzando, la cláusula de intencionalidad del último elemento indica que ese elemento existe si el autor tenía la intención de cometer un ataque de esa índole<sup>125</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>126</sup>. Ciertamente, no es necesario probar que el autor conociera los detalles concretos del ataque<sup>127</sup>, sino que el conocimiento del autor podría inferirse de pruebas circunstanciales<sup>128</sup>.

<sup>119</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>120</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 enmendada el 27 de septiembre de 2005, 27 de septiembre de 2005, Sala de Cuestiones Preliminares II, Corte Penal Internacional, párr. 5.

<sup>121</sup> *Ibid.*, párr. 7.

<sup>122</sup> *Ruto*, decisión, 23 de enero de 2012 (véase la nota 38 *supra*), párr. 182.

<sup>123</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.

<sup>124</sup> Véanse, por ejemplo, *Kunarac*, fallo, 22 de febrero de 2001 (véase la nota 33 *supra*), párr. 418; *Kayishema*, fallo, 21 de mayo de 1999 (véase la nota 29 *supra*), párr. 133.

<sup>125</sup> Corte Penal Internacional, Elementos de los Crímenes, pág. 9.

<sup>126</sup> *Gbagbo*, decisión, 12 de junio de 2014 (véase la nota 52 *supra*), párr. 214.

<sup>127</sup> *Kunarac*, fallo, 22 de febrero de 2001 (véase la nota 33 *supra*), párr. 434 (donde se determinó que el requisito del conocimiento “no implica el conocimiento de los detalles del ataque”).

Por tanto, cuando en la causa *Bemba* se determinó que las tropas del MLC actuaron con conocimiento del ataque, una de la 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>129</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: la posición del acusado en la jerarquía militar; el hecho de que asumiera un papel importante en el marco más amplio de la campaña criminal; su presencia en la escena de los crímenes; sus referencias a la superioridad de su grupo respecto del grupo enemigo; y el contexto histórico y político general en que se produjeron los actos<sup>130</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>131</sup>. Según la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia en la causa *Kunarac*, la prueba de que el autor cometió los actos prohibidos por motivos 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>132</sup>. Lo que resulta pertinente para cumplir este requisito es que el autor tenga conocimiento de que su acto forma parte del ataque o tenga la intención de que así sea. Además, se dará este elemento cuando pueda probarse que el delito subyacente fue cometido aprovechando directamente el ataque en sentido más amplio o cuando la comisión del delito subyacente tenga el efecto de perpetuar dicho ataque<sup>133</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. La Sala de Primera Instancia del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia determinó que el acusado tenía el conocimiento requerido porque no solo sabía del ataque contra la población civil musulmana, sino que además lo perpetuó “aprovechándose directamente de la situación creada” y “asumió plenamente la agresión por motivos étnicos”<sup>134</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. 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>135</sup>.

#### *Actos prohibidos*

37) Al igual que el artículo 7 del Estatuto de Roma de 1998, el proyecto de artículo 3, párrafo 1, apartados a) a k), enumera 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

<sup>128</sup> Véanse *Blaškić*, fallo, 3 de marzo de 2000 (véase la nota 28 *supra*), párr. 259 (donde se determinó que el conocimiento del contexto más amplio del ataque podía deducirse a partir de una serie de hechos, como “la naturaleza de los crímenes cometidos y la medida en que eran de conocimiento general”); *Tadić*, opinión y fallo, 7 de mayo de 1997 (véase la nota 28 *supra*), párr. 657 (“Si bien se requiere el conocimiento, este se examina a nivel objetivo y, de hecho, puede deducirse de las circunstancias.”); véase también *Kayishema*, fallo, 21 de mayo de 1999 (véase la nota 29 *supra*), párr. 134 (donde se determinó que es suficiente “el conocimiento real o inferido del contexto más amplio del ataque”).

<sup>129</sup> *Bemba*, decisión, 15 de junio de 2009 (véase la nota 32 *supra*), párr. 126; véase *Bemba*, fallo, 21 de marzo de 2016 (véase la nota 32 *supra*), párrs. 166 a 169.

<sup>130</sup> *Katanga*, decisión, 30 de septiembre de 2008 (véase la nota 33 *supra*), párr. 402.

<sup>131</sup> Véanse, por ejemplo, *Kunarac*, fallo, 12 de junio de 2002 (véase la nota 46 *supra*), párr. 103; *Kupreškić*, fallo, 14 de enero de 2000 (véase la nota 12 *supra*), párr. 558.

<sup>132</sup> *Kunarac*, fallo, 12 de junio de 2002 (véase la nota 46 *supra*), párr. 103.

<sup>133</sup> Véase, por ejemplo, *Kunarac*, fallo, 22 de febrero de 2001 (véase la nota 33 *supra*), párr. 592.

<sup>134</sup> *Ibid.*

<sup>135</sup> *Katanga*, fallo, 7 de marzo de 2014 (véase la nota 33 *supra*), párr. 1125.

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>136</sup>. La determinación de la existencia del nexo necesario exige “una evaluación objetiva que tenga en cuenta, en particular, las características, los objetivos, el carácter y/o las consecuencias del acto. Los actos aislados que claramente difieren en su contexto y circunstancias de otros actos que se producen durante un ataque no forman parte del ámbito de aplicación del proyecto de artículo 3, párrafo 1”<sup>137</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>138</sup>.

#### *Definiciones dentro de la definición*

38) Tal y como se ha señalado anteriormente, el proyecto de artículo 3, párrafo 2 a), define “ataque contra una población civil” a los efectos del proyecto de artículo 3, párrafo 1. Los demás apartados b) a i) del proyecto de artículo 3, párrafo 2, definen otras expresiones que figuran en el párrafo 1, en concreto, “exterminio”, “esclavitud”, “deportación o traslado forzoso de población”, “tortura”, “embarazo forzado”, “persecución”, “el crimen de *apartheid*” y “desaparición forzada de personas”. Además, el proyecto de artículo 3, párrafo 3, recoge una definición del término “género”. El artículo 7 del Estatuto de Roma de 1998 también contiene estas definiciones, que fueron consideradas relevantes por la Comisión con vistas a mantenerlas en el proyecto de artículo 3.

#### *Párrafo 4*

39) El párrafo 4 del proyecto de artículo 3 dispone lo siguiente: “El presente proyecto de artículo se entiende sin perjuicio de cualquier otra definición más amplia prevista en cualquier instrumento internacional o legislación nacional”. Esta disposición es similar al artículo 1, párrafo 2, de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, que dispone lo siguiente: “El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance”<sup>139</sup>. El artículo 10 del Estatuto de Roma de 1998 (insertado en la parte II, titulada “De la competencia, la admisibilidad y el derecho aplicable”) también contiene “una cláusula sin perjuicio”, que dice así: “Nada de lo dispuesto en la presente parte se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo del derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto”.

40) El párrafo 4 tiene por objeto asegurar que la definición de “crímenes de lesa humanidad” recogida en el proyecto de artículo 3 no ponga en tela de juicio ninguna otra definición más amplia que pueda existir en otros instrumentos internacionales o en la legislación nacional. La expresión “instrumento internacional” debe entenderse en un sentido amplio y no únicamente en el de acuerdo internacional vinculante. Por ejemplo, la definición de “desaparición forzada de personas” que figura en el proyecto de artículo 3 sigue el artículo 7 del Estatuto de Roma de 1998, pero difiere de la definición que contienen la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones

<sup>136</sup> Véanse, por ejemplo, *Kumarac*, fallo, 12 de junio de 2002 (véase la nota 46 *supra*), párr. 100; *Tadić*, opinión y fallo, 7 de mayo de 1997 (véase la nota 28 *supra*), párr. 649.

<sup>137</sup> *Bemba*, fallo, 21 de marzo de 2016 (véase la nota 32 *supra*), párr. 165.

<sup>138</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 Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 41; *Prosecutor v. Mladen Naletilić aka “Tuta” and Vinko Martinović aka “Štela”*, causa núm. IT-98-34-T, fallo, 31 de marzo de 2003, Sala de Primera Instancia, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, párr. 234, *Judicial Supplement No. 42*, junio de 2003; *Mrkšić*, fallo, 27 de septiembre de 2007 (véase la nota 29 *supra*), párr. 438; *Tadić*, fallo, 15 de julio de 1999 (véase la nota 20 *supra*), párr. 249.

<sup>139</sup> Convención contra la Tortura, art. 1, párr. 2.

Forzadas de 1992<sup>140</sup>, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994<sup>141</sup> y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006<sup>142</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.

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

#### **Artículo 4** **Obligación de prevención**

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

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

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

#### **Comentario**

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

2) Ya se encuentra un ejemplo significativo de la obligación de prevenir en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, cuyo artículo I establece: “Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar”<sup>143</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

<sup>140</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, documento [A/RES/47/133](#).

<sup>141</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.

<sup>142</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.

<sup>143</sup> Convención contra el Genocidio, art. I.

presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III”. El artículo VIII establece: “Toda Parte contratante puede recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que estos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y la represión de actos de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III”. Así pues, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 contiene varios elementos relativos a la prevención: una obligación general de prevenir el genocidio; una obligación de adoptar medidas nacionales para dar efecto a las disposiciones de la Convención; y una disposición sobre la cooperación de los Estados partes con las Naciones Unidas para la prevención del genocidio.

3) Esta obligación de prevención es característica de la mayoría de los tratados multilaterales celebrados desde los años sesenta que se refieren a los delitos. A título de ejemplo, cabe citar los siguientes: el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil de 1971<sup>144</sup>; la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, de 1973<sup>145</sup>; la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid* de 1973<sup>146</sup>; la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes de 1979<sup>147</sup>; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984<sup>148</sup>; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985<sup>149</sup>; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994<sup>150</sup>; la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el

<sup>144</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>145</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 partes 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>146</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 Partes en la presente Convención se obligan [...] a) Adoptar las medidas legislativas o de otro orden que sean necesarias para reprimir e impedir el aliento al crimen de *apartheid* y las políticas segregacionistas similares o sus manifestaciones y para castigar a las personas culpables de tal crimen”).

<sup>147</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 partes cooperarán en la prevención de los delitos previstos en el artículo 1, en particular: a) Adoptando todas las medidas factibles a fin de impedir que se prepare en sus respectivos territorios la comisión de [...] delitos [...], en particular medidas para prohibir en los mismos las actividades ilegales de personas, grupos y organizaciones que alienten, instiguen, organicen o cometan actos de toma de rehenes”).

<sup>148</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>149</sup> Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Cartagena de Indias, 9 de diciembre de 1985), Organización de los Estados Americanos, *Serie sobre Tratados*, núm. 67, art. 1 (“Los Estados partes se obligan a prevenir y a sancionar la tortura en los términos de la presente Convención”. El artículo 6 dispone lo siguiente: “Igualmente, los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar, además, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el ámbito de su jurisdicción”).

<sup>150</sup> Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, art. 1 (“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a [...] c) Cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas; d) Tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención”).

Personal Asociado de 1994<sup>151</sup>; el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas de 1997<sup>152</sup>; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000<sup>153</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>154</sup>; el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 2002<sup>155</sup>; y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006<sup>156</sup>.

- <sup>151</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 Partes cooperarán en la prevención de los delitos enumerados en el artículo 9, en particular: a) Adoptando todas las medidas factibles para impedir que se prepare en sus respectivos territorios la comisión de esos delitos dentro o fuera de su territorio; y b) Intercambiando información de acuerdo con su legislación nacional y coordinando la adopción de las medidas administrativas y de otra índole que sean procedentes para impedir que se cometan esos delitos”).
- <sup>152</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 partes cooperarán en la prevención de los delitos previstos en el artículo 2”).
- <sup>153</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, art. 9, párr. 1 (“Además de las medidas previstas en el artículo 8 de la presente Convención, cada Estado Parte, en la medida en que proceda y sea compatible con su ordenamiento jurídico, adoptará medidas eficaces de carácter legislativo, administrativo o de otra índole para promover la integridad y para prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos.”); art. 9, párr. 2 (“Cada Estado Parte adoptará medidas encaminadas a garantizar la intervención eficaz de sus autoridades con miras a prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos, incluso dotando a dichas autoridades de suficiente independencia para disuadir del ejercicio de cualquier influencia indebida en su actuación.”); art. 29, párr. 1 (“Cada Estado Parte, en la medida necesaria, formulará, desarrollará o perfeccionará programas de capacitación específicamente concebidos para el personal de sus servicios encargados de hacer cumplir la ley, incluidos fiscales, jueces de instrucción y personal de aduanas, así como para el personal de otra índole encargado de la prevención, la detección y el control de los delitos comprendidos en la presente Convención.”); art. 31, párr. 1 (“Los Estados Partes procurarán formular y evaluar proyectos nacionales y establecer y promover prácticas y políticas óptimas para la prevención de la delincuencia organizada transnacional”).
- <sup>154</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 (Nueva York, 15 de noviembre de 2000), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2237, núm. 39574, pág. 319, art. 9, párr. 1 (“Los Estados Partes establecerán políticas, programas y otras medidas de carácter amplio con miras a: a) Prevenir y combatir la trata de personas; y b) Proteger a las víctimas de trata de personas, especialmente las mujeres y los niños, contra un nuevo riesgo de victimización”).
- <sup>155</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. El preámbulo dispone lo siguiente: “Recordando que la prevención efectiva de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes requiere educación y una combinación de diversas medidas legislativas, administrativas, judiciales y de otro tipo”. El artículo 3 establece lo siguiente: “Cada Estado Parte establecerá, designará o mantendrá, a nivel nacional, uno o varios órganos de visitas para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.
- <sup>156</sup> Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. El preámbulo dispone lo siguiente: “Decididos a prevenir las desapariciones forzadas y a luchar contra la impunidad en lo que respecta al delito de desaparición forzada”. El artículo 23 establece: “1. Cada Estado Parte velará por que la formación del personal militar o civil encargado de la aplicación de la ley, del personal médico, de los funcionarios y de otras personas que puedan intervenir en la custodia o tratamiento de las personas privadas de libertad, incluya la enseñanza y la información necesarias sobre las disposiciones pertinentes de la presente Convención, a fin de: a) Prevenir la participación de esos agentes en desapariciones forzadas; b) Resaltar la importancia de la prevención y de las investigaciones en materia de desapariciones forzadas; c) Velar por que se reconozca la urgencia de la resolución de los casos de desaparición forzada. 2. Cada Estado Parte prohibirá las órdenes o instrucciones que dispongan, autoricen o alienten las desapariciones forzadas.”

4) Algunos tratados multilaterales de derechos humanos, aun cuando no se centran en la prevención y la sanción de los delitos mismos, incluyen obligaciones para prevenir y reprimir las violaciones de los derechos humanos. A título de ejemplo cabe citar los siguientes: la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1966<sup>157</sup>, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979<sup>158</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>159</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 de otra índole apropiadas para “dar efecto” o “aplicar” el tratado, lo que puede considerarse que abarca las medidas necesarias o apropiadas para prevenir el acto. A título de ejemplo cabe citar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966<sup>160</sup> y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989<sup>161</sup>.

5) Los tribunales internacionales han abordado estas obligaciones de prevención. En la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*, la Corte Internacional de Justicia observó que, en el contexto de la Convención, el deber de sancionar guarda relación con el deber de prevenir, aun cuando es distinto de este. Si bien “una de las maneras más efectivas de prevenir los actos delictivos es, en general, establecer sanciones aplicables a las personas que cometan esos actos, e imponer esas sanciones de manera efectiva a quienes cometan los actos que se pretende prevenir”<sup>162</sup>, la Corte consideró que

---

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>157</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, pág. 241, art. 3 (“Los Estados Partes condenan especialmente la segregación racial y el *apartheid* y se comprometen a prevenir, prohibir y eliminar en los territorios bajo su jurisdicción todas las prácticas de esta naturaleza”).

<sup>158</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 Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer”. El artículo 3 establece lo siguiente: “Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre”).

<sup>159</sup> Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica (Estambul, 5 de noviembre de 2011), Consejo de Europa, *Treaty Series*, núm. 210, art. 4, párr. 2 (“Las Partes condenan todas las formas de discriminación contra las mujeres y tomarán, sin demora, las medidas legislativas y de otro tipo para prevenirla, en particular: indicando en sus constituciones nacionales o en cualquier otro texto legislativo adecuado el principio de la igualdad entre mujeres y hombres, garantizando la aplicación efectiva del mencionado principio; prohibiendo la discriminación contra las mujeres, recurriendo incluso, en su caso, a sanciones; derogando todas las leyes y prácticas que discriminan a la mujer”).

<sup>160</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>161</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 Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención”).

<sup>162</sup> *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, fallo, *I.C.J. Reports 2007*, págs. 43 y ss., en especial pág. 219, párr. 426.

“el deber de prevenir el genocidio y el deber de sancionar a sus autores son dos obligaciones distintas pero conectadas”<sup>163</sup>. Ciertamente, la “obligación de cada Estado contratante de prevenir el genocidio es tanto preceptiva como ineludible, y no está incorporada al deber de sancionar, ni puede considerarse simplemente como un componente de ese deber”<sup>164</sup>.

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

7) En la causa relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*, la Corte Internacional de Justicia analizó el significado de la expresión “se comprometen a prevenir”, que figura en el artículo I de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948. Durante la fase de examen de las medidas provisionales, la Corte determinó que ese compromiso imponía una “obligación clara” a las partes “de hacer todo lo posible para prevenir la comisión de tales actos en el futuro”<sup>165</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>166</sup>.

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

8) En la misma causa, la Corte Internacional de Justicia señaló además que, cuando tomen medidas de prevención, “es evidente que los Estados solo podrán actuar dentro de los límites del derecho internacional”<sup>167</sup>. La Comisión consideró importante expresar ese requisito de manera explícita en el párrafo 1 del proyecto de artículo 4, y por ello ha incluido una cláusula en la que se indica que toda medida de prevención ha de adoptarse “de conformidad con el derecho internacional”. Así pues, las medidas adoptadas por un Estado para cumplir esta obligación han de ser compatibles con las normas del derecho internacional, incluidas las normas sobre el uso de la fuerza establecidas en la Carta de las Naciones Unidas, el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos. Solo se espera del Estado que tome las medidas que legalmente pueda adoptar según el derecho internacional para prevenir los crímenes de lesa humanidad.

<sup>163</sup> *Ibid.*, pág. 219, párr. 425.

<sup>164</sup> *Ibid.*, pág. 220, párr. 427.

<sup>165</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>166</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 162 *supra*), págs. 43 y ss., en especial pág. 111, párr. 162.

<sup>167</sup> *Ibid.*, pág. 221, párr. 430.

9) Como se establece en el párrafo 1 del proyecto de artículo 4, esta obligación de prevención contiene expresa o implícitamente cuatro elementos. En primer lugar, en virtud de este compromiso, los Estados tienen la obligación de no “cometer tales actos por medio de sus propios órganos, o de las personas respecto de las cuales tuvieran un control tan firme que su conducta fuera atribuible al Estado en cuestión con arreglo al derecho internacional”<sup>168</sup>. Como señaló la Corte Internacional de Justicia al examinar la obligación de prevención análoga contenida en el artículo I de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948:

En el artículo I, los Estados partes se comprometen a prevenir la comisión de este tipo de acto, que el artículo describe como “un delito de derecho internacional”. El artículo no exige expresamente a los Estados que se abstengan de cometer actos de genocidio. Sin embargo, en opinión de la Corte, teniendo en cuenta el propósito reconocido de la Convención, el artículo I tiene el efecto de prohibir a los Estados que cometan ellos mismos el delito de genocidio. Esta prohibición se desprende, en primer lugar, del hecho de que el artículo caracteriza al genocidio como “un delito de derecho internacional”: al aceptar esa caracterización, los Estados partes lógicamente se comprometen a no cometer el acto descrito. En segundo lugar, esta prohibición se infiere de la obligación expresa de prevenir la comisión de actos de genocidio. Esta obligación exige, entre otras cosas, que los Estados partes empleen los medios a su disposición, en las circunstancias que se describen en mayor detalle posteriormente en este fallo, para evitar que personas o grupos que no se hallen bajo su autoridad directa cometan un acto de genocidio o alguno de los demás actos mencionados en el artículo III. Sería paradójico que los Estados tuvieran, por lo tanto, la obligación de prevenir, en la medida de sus posibilidades, la comisión de actos de genocidio por parte de personas sobre las que tienen una cierta influencia, pero que no se les prohibiera cometer esos actos a través de sus propios órganos, o de personas sobre las que tuvieran un control tal que sus actos serían atribuibles al Estado en cuestión con arreglo al derecho internacional. En resumen, la obligación de prevenir el genocidio implica necesariamente la prohibición de cometer el delito de genocidio<sup>169</sup>.

10) La Corte también decidió que la obligación sustantiva contemplada en el artículo I no se circunscribía, en sus propios términos, a un territorio, sino que era aplicable “a un Estado dondequiera que actuara o pudiera actuar de manera adecuada a fin de cumplir la obligación en cuestión”<sup>170</sup>.

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

<sup>168</sup> *Ibid.*, pág. 113, párr. 166.

<sup>169</sup> *Ibid.*, pág. 113, párr. 166.

<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. 248 (en el que la Comisión determinó que la Convención sobre el Genocidio “en su artículo IX, relativo a la responsabilidad del Estado, no [...] hacía referencia al crimen de Estado ni a la responsabilidad penal del Estado”).

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>.

12) En segundo lugar, el compromiso enunciado en el párrafo 1 del proyecto de artículo 4 impone a los Estados la obligación de “emplear todos los medios de que disponen [...] con la finalidad de prevenir que personas o grupos que no se encuentran directamente bajo su autoridad cometan” esos actos<sup>174</sup>. En este último caso, se espera que el Estado parte ponga su máximo empeño (un estándar de diligencia debida) cuando tenga la “capacidad de influir efectivamente sobre las acciones de las personas que podrían cometer, o que estén cometiendo, el delito de genocidio”, lo que a su vez depende de los vínculos geográficos, políticos y de otro tipo que existen entre el Estado parte y las personas o grupos en cuestión<sup>175</sup>. Ese estándar con respecto a la obligación de prevención establecido en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 fue analizado por la Corte Internacional de Justicia del siguiente modo:

[E]s evidente que la obligación en cuestión es de conducta y no de resultado, en el sentido de que un Estado no puede estar obligado a lograr prevenir, cualesquiera que sean las circunstancias, la comisión de actos de genocidio: la obligación de los Estados partes es, más bien, emplear todos los medios razonablemente a su disposición a fin de prevenir el genocidio en la medida de lo posible. Un Estado no incurre en responsabilidad simplemente porque no ha logrado conseguir el resultado deseado; sin embargo, incurrirá en responsabilidad si resulta manifiesto que no ha adoptado todas las medidas a su alcance para prevenir el genocidio, y que podrían haber ayudado a prevenir el genocidio. En este ámbito, es de importancia crítica el concepto de “diligencia debida”, que exige un análisis del caso concreto. Cuando se intenta determinar si un Estado ha cumplido esta obligación, entran en juego varios parámetros. El primero, que varía considerablemente de un Estado a otro, es sin duda la capacidad de influir verdaderamente sobre la conducta de personas que podrían cometer, o están cometiendo, actos de genocidio. Esta capacidad depende, entre otras cosas, de la distancia geográfica que separa al Estado en cuestión del lugar de los hechos, y de cuán estrechos sean los vínculos políticos, o de otro tipo, que existen entre las autoridades de ese Estado y los protagonistas de los hechos. La capacidad de influencia que tiene el Estado también se debe evaluar en función de criterios jurídicos, puesto que es evidente que los Estados solo pueden actuar dentro de los límites del derecho internacional; por tanto, la capacidad de influencia de un Estado puede variar en función de la posición jurídica que ocupa frente a las situaciones y las personas que podrían ser víctimas, o efectivamente lo sean, de actos de genocidio. Por otra parte, es irrelevante que el Estado al que se pretende atribuir responsabilidad por los hechos afirme, o hasta pruebe, que incluso si hubiera empleado todos los medios razonablemente a su disposición, estos no habrían sido suficientes para prevenir la comisión del delito de genocidio. Este argumento no solo es generalmente difícil de probar, sino que resulta irrelevante al objeto de determinar si se ha incumplido la obligación de conducta en cuestión, sobre todo porque existe la posibilidad de que los esfuerzos conjuntos de varios Estados, cada uno cumpliendo su obligación de prevenir, podrían haber permitido alcanzar el resultado buscado, es decir, prevenir la comisión del delito de genocidio, cuando los esfuerzos de un solo Estado no hubieran bastado para obtenerlo<sup>176</sup>.

<sup>173</sup> *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte), pág. 152, párr. 3) del comentario al art. 58.

<sup>174</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 162 *supra*), págs. 43 y ss., en especial pág. 113, párr. 166.

<sup>175</sup> *Ibid.*, pág. 221, párr. 430.

<sup>176</sup> *Ibid.*

Al mismo tiempo, la Corte sostuvo que “un Estado únicamente puede incurrir en responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de prevenir el genocidio si efectivamente se ha cometido un genocidio”<sup>177</sup>.

13) En tercer lugar, y como se desprende de lo que antecede, el compromiso enunciado en el párrafo 1 del proyecto de artículo 4 obliga a los Estados a poner en marcha activamente y con antelación medidas destinadas a impedir que se cometa el delito, por ejemplo “[a]doptando medidas legislativas, administrativas, judiciales u otras medidas preventivas eficaces en todo territorio que esté bajo su jurisdicción o control”, como se indica en el apartado a). Este texto se inspira en el artículo 2, párrafo 1, de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, que dispone: “Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción”<sup>178</sup>.

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

Los Estados partes están obligados a eliminar todos los obstáculos legales y de otra índole que impidan la erradicación de la tortura y los malos tratos, y a adoptar medidas eficaces para impedir efectivamente esas conductas y su reiteración. También tienen la obligación de mantener en examen y mejorar constantemente su legislación nacional y actuación en lo que respecta a la Convención, de conformidad con las observaciones finales y los dictámenes del Comité a propósito de las comunicaciones individuales. Si las medidas adoptadas por el Estado parte no cumplen el propósito de erradicar los actos de tortura, la Convención exige que se reexaminen o que se adopten nuevas medidas más eficaces<sup>179</sup>.

15) En cuanto a las medidas específicas que deberá adoptar un Estado, en 2015 el Consejo de Derechos Humanos aprobó una resolución sobre la prevención del genocidio<sup>180</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>181</sup>; b) se alentó “a los Estados Miembros a fomentar su capacidad de prevenir el genocidio mediante el desarrollo de los propios conocimientos especializados y la creación de oficinas apropiadas en los Gobiernos para intensificar la labor de prevención”<sup>182</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

<sup>177</sup> *Ibid.*, pág. 221, párr. 431; véase *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 27 (proyecto de artículos sobre la responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos, art. 14, párr. 3: “La violación de una obligación internacional en virtud de la cual el Estado debe prevenir un acontecimiento determinado tiene lugar cuando se produce el acontecimiento”).

<sup>178</sup> Convención contra la Tortura, art. 2, párr. 1.

<sup>179</sup> Véase Comité contra la Tortura, observación general núm. 2 (2007) sobre la aplicación del artículo 2, párr. 4, en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/63/44)*, anexo VI.

<sup>180</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, aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 27 de marzo de 2015.

<sup>181</sup> *Ibid.*, párr. 2.

<sup>182</sup> *Ibid.*, párr. 3.

Secretario General sobre la Prevención del Genocidio, así como con los órganos de las Naciones Unidas y los mecanismos regionales y subregionales pertinentes<sup>183</sup>.

16) En el contexto regional, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950<sup>184</sup> no contiene ninguna obligación expresa de “prevenir” que se infrinja el Convenio, pero el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado que el artículo 2, párrafo 1 (relativo al derecho a la vida) contiene esa obligación y requiere que se adopten medidas preventivas apropiadas, por ejemplo “estableciendo un marco legal y administrativo adecuado para disuadir de la comisión de delitos contra las personas, respaldado por un mecanismo de aplicación de la ley para prevenir, reprimir y castigar todo incumplimiento de esas disposiciones”<sup>185</sup>. Al mismo tiempo, el Tribunal ha reconocido que la obligación del Estado parte en este sentido es limitada<sup>186</sup>. Del mismo modo, si bien la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969<sup>187</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 partes de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención<sup>188</sup>, ha llegado a la conclusión de que esta obligación implica un “deber de prevención”, que a su vez supone que el Estado parte debe adoptar ciertas medidas. La Corte ha determinado que:

El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. No es posible hacer

<sup>183</sup> *Ibid.*, párr. 4.

<sup>184</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 (en adelante, “Convenio Europeo de Derechos Humanos”).

<sup>185</sup> *Makaratzis v. Greece*, demanda núm. 50385/99, sentencia de 20 de diciembre de 2004, Gran Sala, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, párr. 57, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2004-XI; véase *Kiliç v. Turkey*, demanda núm. 22492/93, sentencia de 28 de marzo de 2000, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, párr. 62, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2000-III (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).

<sup>186</sup> *Mahmut Kaya v. Turkey*, demanda núm. 22535/93, sentencia de 28 de marzo de 2000, Primera Sección, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, párr. 86, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2000-III (“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>187</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>188</sup> El artículo 1, párrafo 1, establece lo siguiente: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna”. Cabe señalar que el artículo 1 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos estipula que los Estados partes “reconocerán los derechos, obligaciones y libertades consagrados en la Carta y se comprometerán a adoptar medidas legislativas o de otra índole para hacerlos efectivos”. Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (“Carta de Banjul”) (Nairobi, 27 de junio de 1981), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1520, núm. 26363, pág. 217.

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>189</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>190</sup>.

17) Así pues, las medidas preventivas específicas que un determinado Estado deberá adoptar con respecto a los crímenes de lesa humanidad dependerán del contexto y los riesgos en cuestión para ese Estado con respecto a esos delitos. Una obligación de esta índole en general obliga al Estado parte a: a) aprobar la legislación y las políticas nacionales necesarias para dar a conocer el carácter delictivo del acto y promover la detección temprana de los riesgos de su comisión; b) someter continuamente a examen esa legislación y esas políticas y, de ser necesario, mejorarlas; c) emprender iniciativas para informar a funcionarios públicos respecto de las obligaciones asumidas por el Estado con arreglo al proyecto de artículos; d) poner en marcha programas de formación para la policía, el ejército, las milicias y otros funcionarios pertinentes 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>191</sup>. Es posible que ya existan en el Estado

<sup>189</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 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 99, párrs. 137 y 142.

<sup>190</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* (véase la nota 189 *supra*), párr. 155.

<sup>191</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, *Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 38 (A/43/38)*, cap. V, párr. 770, pág. 118; 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), *Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Documentos Oficiales de la Asamblea General, 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, *Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Documentos Oficiales de la Asamblea General, 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, en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 41 (A/59/41)*, anexo XI; Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 31 (2004) sobre la índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto, en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, 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, en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, 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 (*Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial*, en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 18 (A/60/18)*, cap. IX, párr. 460; véanse también los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, resolución 60/147 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 2005, anexo, principio 3 a) (“La obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario según lo previsto en los

algunas medidas, tales como programas de formación, para ayudar a prevenir actos ilícitos (como el homicidio, la tortura o la violación) que están relacionados con los crímenes contra la 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 parte no ha puesto el máximo empeño para organizar el aparato gubernamental y administrativo, cuando fuera necesario y apropiado, a fin de reducir al mínimo la probabilidad de que se cometa el acto prohibido.

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

abarca situaciones en las que un Estado ejerce jurisdicción *de facto* aun cuando carezca de jurisdicción *de iure*, como en los casos de intervención y ocupación ilícitas y de anexión. Cabe recordar, a este respecto, la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia relativa a *Namibia*. En esa opinión consultiva, la Corte, tras considerar a Sudáfrica responsable de haber creado y mantenido una situación que la Corte halló ilegal y afirmar que Sudáfrica estaba obligada a retirar su administración de Namibia, atribuyó no obstante ciertas consecuencias legales al control *de facto* de Sudáfrica sobre Namibia<sup>192</sup>.

19) En cuarto lugar, el compromiso enunciado en el párrafo 1 del proyecto de artículo 4 impone a los Estados la obligación de establecer ciertas formas de cooperación, no solo entre sí, sino también con organizaciones como las Naciones Unidas, el Comité Internacional de la Cruz Roja y la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. El deber de los Estados de cooperar en la prevención de los crímenes de lesa humanidad dimana, en primer lugar, del Artículo 1, párrafo 3, de la Carta de las Naciones Unidas<sup>193</sup>, en el que se indica que uno de los propósitos de la Carta es “[r]ealizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter [...] humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos”. Asimismo, en los Artículos 55 y 56 de la Carta, todos los Miembros de las Naciones Unidas se comprometen “a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de” ciertos propósitos, como “el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos”. Concretamente, en lo que respecta a la prevención de los crímenes de lesa humanidad, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en sus Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad de 1973, reconoció la existencia de una responsabilidad general de cooperación interestatal y adopción de medidas en el seno de los Estados para prevenir la comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Entre otras cosas, la Asamblea afirmó: “los Estados cooperarán bilateral y multilateralmente para reprimir y prevenir los crímenes de guerra y

---

respectivos ordenamientos jurídicos comprende, entre otros, el deber de: a) Adoptar disposiciones legislativas y administrativas y otras medidas apropiadas para impedir las violaciones”).

<sup>192</sup> *Anuario...*, 2001, vol. II (segunda parte) y corrección, párr. 12) del comentario al proyecto de artículo 1 del proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, pág. 161 (donde se cita *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, opinión consultiva, *I.C.J. Reports 1971*, págs. 16 y ss., en especial pág. 54, párr. 118); véase también *Anuario...*, 2006, vol. II (segunda parte), pág. 77, párr. 25) del comentario al proyecto de 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”).

<sup>193</sup> Carta de las Naciones Unidas (San Francisco, 26 de junio de 1945).

los crímenes de lesa humanidad y tomarán todas las medidas internas e internacionales necesarias a ese fin”<sup>194</sup>.

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

21) En el proyecto de artículo 4, párrafo 2, se indica que no podrán invocarse circunstancias excepcionales como justificación del crimen. Este texto se inspira en el artículo 2, párrafo 2, de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984<sup>195</sup>, pero se ha pulido para ajustarlo mejor al contexto de los crímenes de lesa humanidad. Las palabras “estado de guerra o amenaza de guerra” se han sustituido por “conflicto armado”, como se hizo en el proyecto de artículo 2. Además, se ha empleado la expresión “tales como” para destacar que los ejemplos citados no pretenden ser exhaustivos.

22) En otros tratados que se ocupan de delitos graves a nivel mundial o regional encontramos disposiciones similares. Por ejemplo, el artículo 1, párrafo 2, de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006 contiene una disposición redactada en términos similares<sup>196</sup>, al igual que el artículo 5 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985<sup>197</sup>.

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

## **Artículo 6**

### **Criminalización en el derecho nacional**

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

<sup>194</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>195</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>196</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>197</sup> Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, art. 5 (“No se invocará ni admitirá como justificación del delito de tortura la existencia de circunstancias tales como estado de guerra, amenaza de guerra, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, la inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas”).

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

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

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

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

- i) hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y
- ii) no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento;

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

- i) hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de informaciones que indicasen claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;
- ii) los crímenes guardasen relación con actividades que estuvieran bajo su responsabilidad y control efectivos; y
- iii) no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

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

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

6. 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.

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

## Comentario

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

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

2) El Tribunal Militar Internacional de Nuremberg reconoció la importancia de castigar a las personas por, entre otros, los crímenes de lesa humanidad cuando declaró que “[l]os delitos contra el derecho internacional son cometidos por personas físicas, no por entidades abstractas, y solo sancionando a las personas que cometen esos delitos se pueden hacer cumplir las disposiciones del derecho internacional”<sup>198</sup>. Los Principios de Derecho Internacional Reconocidos por el Estatuto y por las Sentencias del Tribunal de Nuremberg, elaborados por la Comisión en 1950, establecían que “[t]oda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable del mismo y está sujeta a sanción”<sup>199</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 leyes sobre los crímenes de lesa humanidad que prevén el enjuiciamiento de esos crímenes en su ordenamiento nacional. El Estatuto de Roma de 1998, en particular, ha inspirado la promulgación o revisión de varias leyes nacionales sobre los crímenes de lesa humanidad que definen esos crímenes en términos idénticos o muy similares al delito definido en el artículo 7 del Estatuto. Al mismo tiempo, muchos Estados han aprobado leyes nacionales que difieren, a veces considerablemente, de la definición enunciada en el artículo 7. Asimismo, hay otros Estados que no han aprobado ninguna legislación nacional sobre los crímenes de lesa humanidad. Por lo general, esos Estados tienen leyes penales nacionales que castigan de alguna manera muchos de los actos concretos que, en determinadas circunstancias, pueden constituir crímenes de lesa humanidad, como el asesinato, la tortura o la violación<sup>200</sup>. No obstante, esos Estados no han tipificado los crímenes de lesa humanidad como tales y esa laguna puede impedir el enjuiciamiento y castigo de esa conducta, también en lo que se refiere a su proporcionalidad con la gravedad del delito.

4) La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, establece en su artículo 4, párrafo 1, que “[t]odo Estado parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal”<sup>201</sup>. El

<sup>198</sup> Sentencia de 30 de septiembre de 1946 (véase la nota 2 *supra*), pág. 466.

<sup>199</sup> *Yearbook... 1950*, vol. II, documento A/1316, tercera parte, pág. 374, párr. 97 (principio 1).

<sup>200</sup> Véase *Prosecutor v. Gbagbo*, causa núm. ICC-02/11-01/12 OA, *Judgment on the appeal of Côte d’Ivoire against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 December 2014 entitled “Decision on Côte d’Ivoire’s challenge to the admissibility of the case against Simone Gbagbo”*, 27 de mayo de 2015, Sala de Apelaciones, Corte Penal Internacional (donde se dictaminó que el enjuiciamiento a nivel nacional por los delitos ordinarios de perturbación de la paz, organización de bandas armadas y menoscabo de la seguridad del Estado no se basaba sustancialmente en la misma conducta objeto de los presuntos crímenes de lesa humanidad de asesinato, violación, persecución y otros actos inhumanos).

<sup>201</sup> Convención contra la Tortura, art. 4, párr. 1.

Comité contra la Tortura ha destacado la importancia de cumplir dicha obligación a fin de evitar posibles discrepancias entre el crimen definido en la Convención y el contemplado en la legislación nacional:

Las discrepancias graves entre la definición que figura en la Convención y la reflejada en la legislación nacional abren resquicios reales o potenciales para la impunidad. En algunos casos, aunque pueda utilizarse un lenguaje similar, su significado puede estar condicionado por la ley o la interpretación judicial nacionales, por lo que el Comité pide que cada Estado parte procure que todos los poderes que lo conforman se atengan a la definición establecida en la Convención a los efectos de determinar las obligaciones del Estado<sup>202</sup>.

5) A fin de ayudar a evitar esas lagunas con respecto a los crímenes de lesa humanidad, el proyecto de artículo 6, párrafo 1, 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, el proyecto de artículo 6, párrafos 2 y 3 (que se examinan más adelante), obliga además al Estado a tipificar algunas de las formas en que las personas físicas pueden cometer esos delitos.

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

7) Al igual que la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, muchos tratados de derecho internacional humanitario, derechos humanos y derecho penal internacional requieren que los Estados partes se aseguren de que la conducta prohibida esté “tipificada” o “castigada” en su derecho interno, aunque la forma exacta en que la obligación está redactada varía<sup>203</sup>. Algunos tratados, como

<sup>202</sup> Véase Comité contra la Tortura, observación general núm. 2 (2007); véase también Comité contra la Tortura, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/58/44)*, cap. III, examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención, Eslovenia, párr. 115 a), y Bélgica, párr. 130.

<sup>203</sup> Véanse, por ejemplo, Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves (La Haya, 16 de diciembre de 1970), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 860, núm. 12325, pág. 105, art. 2; Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, art. 2, párr. 2; Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, art. 2; Convención contra la Tortura, art. 4; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, art. 6; Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, art. 9, párr. 2; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, art. III; Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, art. 4; Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (Nueva York, 9 de diciembre de 1999), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2178, núm. 38349, pág. 197, art. 4; Convención de la Organización de la Unidad Africana sobre la Prevención y la Lucha contra el Terrorismo (Argel, 14 de julio de 1999), *ibid.*, vol. 2219, núm. 39464, pág. 179, art. 2 a); Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 5, párr. 1; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 7, párr. 1; Convención de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental para la Prevención contra el Terrorismo (Cebú, 13 de enero de 2007), art. IX, párr. 1, en *Instrumentos internacionales relativos a la prevención y la*

la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948<sup>204</sup> y los Convenios de Ginebra de 1949<sup>205</sup>, contienen la obligación de aprobar “medidas legislativas”, pero la Comisión consideró apropiado basar el proyecto de artículo 6, párrafo 1, 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 proyecto de artículo 6, párrafo 2, establece que todo Estado adoptará las medidas necesarias para que estén tipificadas en su derecho interno ciertas formas de participación de las personas físicas en crímenes de lesa humanidad, concretamente la comisión de un crimen de lesa humanidad, la tentativa de comisión de uno de esos crímenes, y el hecho de ordenar, instigar, inducir, ayudar, ser cómplice o de colaborar o contribuir de algún otro modo a la comisión o la tentativa de comisión de esos crímenes.

9) En el contexto de los crímenes de lesa humanidad, el análisis de los instrumentos internacionales y las leyes nacionales indica que en ellos se abordan diversos tipos (o modos) de responsabilidad penal individual. En primer lugar, en todas las jurisdicciones en que se han tipificado los “crímenes de lesa humanidad” se imputa responsabilidad penal a quien “comete” el delito (lo que a veces se denomina, en el derecho nacional, comisión “directa”, “perpetración” del acto o autoría “principal” en la comisión del acto). Por ejemplo, en el artículo 6 del Estatuto de Nuremberg se establece que el Tribunal Militar Internacional será competente para juzgar a “aquellas personas que, actuando en defensa de los intereses de los países del Eje Europeo, cometieron los delitos que constan a continuación, ya fuera individualmente o como miembros de organizaciones”. Asimismo, los Estatutos del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia<sup>206</sup> y el Tribunal Penal Internacional para Rwanda<sup>207</sup> establecen que una persona que haya “cometido” crímenes de lesa humanidad “será individualmente responsable de ese crimen”. El Estatuto de Roma de 1998 establece que “[q]uien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado” y “será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: a) [c]ometa ese crimen por sí solo [o] con otro”<sup>208</sup>. Asimismo, los instrumentos que regulan el Tribunal Especial para Sierra Leona<sup>209</sup>, las Salas Especiales de Delitos Graves de Timor Oriental<sup>210</sup>, las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya<sup>211</sup>, el Tribunal Penal Supremo del Iraq<sup>212</sup>

---

*represión del terrorismo internacional*, publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.08.V.2 (Nueva York, 2008), pág. 366.

<sup>204</sup> Convención contra el Genocidio, art. V.

<sup>205</sup> Convenio de Ginebra I; Convenio de Ginebra II; Convenio de Ginebra III; Convenio de Ginebra IV. Véase el comentario de 2016 sobre el artículo 49 (Sanciones penales) del Convenio de Ginebra I (en adelante, “Comentario de 2016 del CICR sobre el artículo 49”), en Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR).

<sup>206</sup> Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, art. 7, párr. 1.

<sup>207</sup> Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, art. 6, párr. 1.

<sup>208</sup> Véase Estatuto de Roma, art. 25, párrs. 2 y 3 a).

<sup>209</sup> Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, art. 6.

<sup>210</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. 5 (2000) (en adelante, “Estatuto del Tribunal para Timor Oriental”).

<sup>211</sup> Acuerdo relativo al Establecimiento de las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya, art. 5. Véase también Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno Real de Camboya relativo al Procesamiento con arreglo al Derecho de Camboya de los Crímenes Cometidos durante el Período de la Kampuchea Democrática (Phnom Penh, 6 de junio de 2003), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2329, núm. 41723, pág. 117.

<sup>212</sup> Estatuto del Tribunal Especial del Iraq, *International Legal Materials*, vol. 43, pág. 231, art. 10 b) (2004) (en adelante, “Estatuto del Tribunal Penal Supremo del Iraq”). El Gobierno Provisional del Iraq promulgó un nuevo estatuto en 2005, tomando como referencia el estatuto anterior, que cambió el nombre del tribunal por el de “Tribunal Penal Supremo del Iraq”. Véase la Ley del Tribunal Penal Supremo del Iraq, Ley núm. 10, *Boletín Oficial de la República del Iraq*, vol. 47, núm. 4006 (18 de octubre de 2005).

y las Salas Africanas Extraordinarias del sistema judicial senegalés<sup>213</sup> establecen la responsabilidad penal de quien “cometa” crímenes de lesa humanidad. Las leyes nacionales que se ocupan de los crímenes de lesa humanidad tipifican invariablemente la “comisión” de esos crímenes. En los tratados sobre otros tipos de delitos también se exhorta sistemáticamente a los Estados partes a que aprueben legislación nacional que prohíba la “comisión” de esos delitos. Por ejemplo, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948, establece la responsabilidad penal individual por la “comisión” de actos de genocidio<sup>214</sup>.

10) En segundo lugar, en todas esas jurisdicciones nacionales o internacionales también se establece, en mayor o menor medida, la responsabilidad penal de quien participe en el delito en grado distinto a la “comisión”. Tal conducta puede adoptar la forma de “tentativa” de comisión del delito, o de actuación como “cooperador” o “cómplice” en la comisión del delito o en la tentativa de cometerlo. Por lo que respecta a la “tentativa” de comisión del delito, los Estatutos del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Rwanda y el Tribunal Especial para Sierra Leona no contenían ninguna disposición sobre ese tipo de responsabilidad. En cambio, el Estatuto de Roma de 1998 prevé la responsabilidad penal de quien intente cometer el crimen, a menos que desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma<sup>215</sup>. En la causa *Banda y Jerbo*, una Sala de Cuestiones Preliminares afirmó que, para que existiera responsabilidad penal por la tentativa, era “preciso dilucidar si, en el curso normal de los acontecimientos, la conducta del autor habría dado lugar a la consumación del crimen de no haberse producido las circunstancias ajenas a su control”<sup>216</sup>.

11) En tercer lugar, con respecto a la responsabilidad “accesoria”, dicho concepto se aborda en diversos instrumentos internacionales con expresiones como “ordenar”, “proponer”, “inducir”, “instigar”, “incitar”, “ayudar y ser cómplice”, “conspirar para la comisión”, “ser cómplice en”, “participar en” o “asociarse para delinquir”. Así, el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia establece que “[l]a persona que haya planeado, instigado, u ordenado, la comisión de algunos de los crímenes señalados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto, o lo haya cometido o haya ayudado en cualquier otra forma a planearlo, prepararlo o ejecutarlo, será individualmente responsable de ese crimen”<sup>217</sup>. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda utiliza términos prácticamente idénticos<sup>218</sup>. Ambos Tribunales han condenado a acusados por su participación en delitos de su respectiva competencia<sup>219</sup>. Del mismo modo, los instrumentos que regulan el Tribunal Especial para Sierra Leona<sup>220</sup>, las Salas Especiales de Delitos Graves de Timor Oriental<sup>221</sup>, las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya<sup>222</sup>, el

<sup>213</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, pág. 1028, arts. 4 b) y 6 (2013) (en adelante, “Estatuto de las Salas Africanas Extraordinarias”).

<sup>214</sup> Convención contra el Genocidio, arts. III a) y IV.

<sup>215</sup> Estatuto de Roma, art. 25, párr. 3 f).

<sup>216</sup> *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, causa núm. ICC-02/05-03/09, corrección de la decisión sobre la confirmación de los cargos de 7 de marzo de 2011, Sala de Cuestiones Preliminares I, Corte Penal Internacional, párr. 96.

<sup>217</sup> Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, art. 7, párr. 1. El Tribunal ha analizado ese tipo de responsabilidad penal en diversas decisiones. Véase, por ejemplo, *Tadić*, fallo, 15 de julio de 1999 (véase la nota 20 *supra*) (donde se afirmó que “la noción de propósito común como forma de responsabilidad en calidad de cómplice está firmemente establecida en el derecho internacional consuetudinario”).

<sup>218</sup> Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, art. 6, párr. 1.

<sup>219</sup> Véase, por ejemplo, *Prosecutor v. Furundžija*, causa núm. IT-95-17/1-T, fallo, 10 de diciembre de 1998, Sala de Primera Instancia II, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, *Judicial Reports 1998*, párr. 246 (donde se señala que “si es consciente de que es probable que se cometa alguno de los crímenes, y uno de esos crímenes se comete efectivamente, entonces ha tenido la intención de facilitar la comisión de ese crimen y es culpable de complicidad”).

<sup>220</sup> Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, art. 6, párr. 1.

<sup>221</sup> Estatuto del Tribunal para Timor Oriental, art. 14.

<sup>222</sup> Acuerdo relativo al Establecimiento de las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya, art. 29.

Tribunal Penal Supremo del Iraq<sup>223</sup> y las Salas Africanas Extraordinarias del sistema judicial senegalés<sup>224</sup> establecían la responsabilidad penal de quien, de una forma u otra, participe en la comisión de crímenes de lesa humanidad.

12) En el Estatuto de Roma de 1998 se prevé la responsabilidad penal de quien “cometa ese crimen [...] por conducto de otro”, de quien “ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa”, de quien, “con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión”, o de quien “contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común”, con sujeción a ciertas condiciones<sup>225</sup>. La Comisión decidió utilizar los distintos términos incluidos en el Estatuto de Roma de 1998 como base de los términos empleados en el proyecto de artículo 6, párrafo 2.

13) Por lo general, se considera que en esos diversos instrumentos internacionales los conceptos conexos de “proponer”, “inducir” y “ayudar y ser cómplice” en la comisión del crimen incluyen la planificación, la proposición, la conspiración y, lo que es más importante, la incitación directa a otra persona a que realice el acto constitutivo de delito. De hecho, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio no solo aborda la comisión del genocidio, sino también la “asociación para cometer genocidio”, la “instigación directa y pública a cometer genocidio”, la “tentativa de genocidio” y la “complicidad en el genocidio”<sup>226</sup>. La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad establece, en términos generales, que: “[s]i se cometiere alguno de los crímenes mencionados en el artículo I, las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a los representantes de la autoridad del Estado y a los particulares que participen como autores o cómplices o que inciten directamente a la perpetración de alguno de esos crímenes, o que conspiren para cometerlos, cualquiera que sea su grado de desarrollo, así como a los representantes de la autoridad del Estado que toleren su perpetración”<sup>227</sup>.

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

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

<sup>223</sup> Estatuto del Tribunal Penal Supremo del Iraq, art. 15.

<sup>224</sup> Estatuto de las Salas Africanas Extraordinarias, art. 10.

<sup>225</sup> Estatuto de Roma, art. 25, párr. 3 a) a d).

<sup>226</sup> Convención contra el Genocidio, art. III b) a e).

<sup>227</sup> Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, art. 2.

de una desaparición forzada, intente cometerla, sea cómplice o participe en la misma”<sup>228</sup>. El texto del proyecto de artículo 6, párrafo 2, sigue el mismo planteamiento.

*Responsabilidad de los jefes u otros superiores*

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

17) Las jurisdicciones internacionales que se han ocupado de los crímenes de lesa humanidad imputan responsabilidad penal a los jefes militares u otros superiores por los delitos cometidos por sus subordinados en determinadas circunstancias<sup>229</sup>. En particular, los Tribunales de Nuremberg y Tokio recurrieron a la responsabilidad de los jefes en relación tanto con los mandos militares como con los civiles, enfoque que influyó en tribunales posteriores<sup>230</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 tanto de la autoridad militar como civil, es importante señalar que, en los juicios ante el Tribunal de Tokio, las autoridades civiles fueron declaradas culpables de crímenes de guerra en aplicación de este principio”<sup>231</sup>.

18) Según el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, “el hecho de que cualquiera de los actos mencionados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal a su superior si este sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron”<sup>232</sup>. Varios acusados fueron condenados por el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia sobre esa base<sup>233</sup>. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda está redactado en los mismos términos<sup>234</sup>, y dicho Tribunal también ha impuesto condenas sobre esa base<sup>235</sup>. Los instrumentos que regulan el Tribunal Especial para Sierra Leona<sup>236</sup>, el Tribunal Especial para el Líbano<sup>237</sup>, las Salas Especiales de Delitos Graves de Timor Oriental<sup>238</sup>, las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya<sup>239</sup>,

<sup>228</sup> Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 6, párr. 1 a).

<sup>229</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.

<sup>230</sup> *Ibid.*, véase también *International Criminal Law: International Enforcement*, M. C. Bassiouni (ed.), vol. III, 3ª ed. (Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pág. 461); y K. J. Heller, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law* (Oxford, Oxford University Press, 2011), págs. 262 y 263.

<sup>231</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>232</sup> Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, art. 7, párr. 3.

<sup>233</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 Internacional para la ex-Yugoslavia, *Judicial Supplement No. 6*, junio/julio de 1999, párrs. 66 a 77; *Prosecutor v. Zejnil Delalić et al.*, causa núm. IT-96-21-T, fallo, 16 de noviembre de 1998, Sala de Primera Instancia, Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, párrs. 330 a 400 y 605 a 810.

<sup>234</sup> Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, art. 6, párr. 3.

<sup>235</sup> Véase *Akayesu*, fallo, 2 de septiembre de 1998 (véase la nota 27 *supra*); *Prosecutor v. Jean Kambanda*, causa núm. ICTR-97-23-S, fallo y pena, 4 de septiembre de 1998, Sala de Primera Instancia, Tribunal Penal Internacional para Rwanda.

<sup>236</sup> Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, art. 6, párr. 3.

<sup>237</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.

<sup>238</sup> Estatuto del Tribunal para Timor Oriental, art. 16.

<sup>239</sup> Acuerdo relativo al Establecimiento de las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya, art. 29.

el Tribunal Penal Supremo del Iraq<sup>240</sup> y las Salas Africanas Extraordinarias del sistema judicial senegalés<sup>241</sup> están redactados en términos similares.

19) El artículo 28 del Estatuto de Roma de 1998 contiene una norma detallada que prevé la imputación de responsabilidad penal al jefe militar, o a quien actúe efectivamente como jefe militar, por los actos de otras personas<sup>242</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. Esa norma ha comenzado a influir en el desarrollo de la “responsabilidad de los jefes” en los ordenamientos jurídicos nacionales, tanto en el contexto penal como civil. El artículo 28 también aborda la cuestión de las “relaciones entre superior y subordinado” en un contexto civil o no militar. Entre esos superiores figuran los civiles que “dirigen” pero no “participan” en actividades militares. En estos casos, la responsabilidad penal surge cuando: a) existe una relación de subordinación; b) el superior civil tuvo conocimiento o hizo caso omiso deliberadamente de información sobre los delitos; c) los delitos guardaban relación con actividades bajo la responsabilidad y el control efectivos del superior; y d) el superior no adoptó todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir la comisión de todos los delitos o para someter el asunto a investigación y enjuiciamiento.

20) Una Sala de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional aplicó esta norma cuando condenó a Jean-Pierre Bemba Gombo en marzo de 2016 por crímenes de lesa humanidad. Entre otras cosas, la Sala de Primera Instancia entendió que el Sr. Bemba actuaba efectivamente como jefe militar que tenía conocimiento de que las fuerzas del Mouvement de Libération du Congo bajo su autoridad y control efectivos estaban cometiendo o se proponían cometer los crímenes imputados. Además, la Sala de Primera Instancia entendió que el Sr. Bemba no había adoptado todas las medidas necesarias y razonables para impedir o reprimir la comisión de crímenes por sus subordinados durante las operaciones militares de 2002 y 2003 en la República Centroafricana, ni para poner el asunto en manos de las autoridades competentes después de que se hubieran cometido los crímenes<sup>243</sup>.

21) Las leyes nacionales también suelen establecer este tipo de responsabilidad penal respecto de los crímenes de guerra, el genocidio y los crímenes de lesa humanidad, pero se utilizan criterios distintos. Asimismo, hay Estados que no cuentan con tal norma en el contexto de los crímenes de lesa humanidad. Por ello, la Comisión consideró apropiado establecer un criterio claro a fin de promover la armonización de las leyes nacionales sobre la cuestión<sup>244</sup>. A tal fin, el proyecto de artículo 6, párrafo 3, se basa en el criterio establecido en el Estatuto de Roma de 1998.

22) Los tratados que se ocupan de delitos distintos de los crímenes de lesa humanidad también suelen recoger como delito la responsabilidad de los jefes u otros superiores<sup>245</sup>.

<sup>240</sup> Estatuto del Tribunal Penal Supremo del Iraq, art. 15.

<sup>241</sup> Estatuto de Roma; Estatuto de las Salas Africanas Extraordinarias, art. 10.

<sup>242</sup> Estatuto de Roma, art. 28; véase, por ejemplo, *Kordić*, fallo, 26 de febrero de 2001 (véase la nota 20 *supra*), párr. 369.

<sup>243</sup> *Bemba*, fallo, 21 de marzo de 2016 (véase la nota 32 *supra*), párrs. 630, 638 y 734.

<sup>244</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>245</sup> Véanse, por ejemplo, Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), art. 86, párr. 2; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 6, párr. 1.

*Órdenes de un superior*

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

24) Todas las jurisdicciones que recogen los crímenes de lesa humanidad prevén, en una u otra medida, circunstancias que eximen de la responsabilidad penal. Por ejemplo, la mayoría de las jurisdicciones excluyen la responsabilidad penal si el presunto autor tenía una enfermedad mental que le impedía apreciar la ilicitud de su comportamiento. En algunas jurisdicciones se establece que el estado de embriaguez también excluye la responsabilidad penal, al menos en algunas circunstancias. El hecho de que una persona actúe en defensa propia también puede eximirla de responsabilidad, al igual que actuar bajo coacción como resultado de una amenaza de muerte o daño inminente. En algunos casos, la persona ha de haber alcanzado una edad determinada para ser penalmente responsable. Las circunstancias concretas varían según la jurisdicción y, con respecto a los ordenamientos nacionales, suelen inscribirse en el enfoque de esa jurisdicción respecto de la responsabilidad penal en general, no solo en el contexto de los crímenes de lesa humanidad.

25) Al mismo tiempo, la mayoría de las jurisdicciones que recogen los crímenes de lesa humanidad establecen que los autores de esos crímenes no pueden invocar como circunstancia eximente de la responsabilidad penal haber recibido de un superior la orden de cometer el delito<sup>246</sup>. El artículo 8 del Estatuto de Nuremberg establece que “[e]l hecho de que el acusado actuara obedeciendo órdenes de su Gobierno o de un superior no le exonerará de responsabilidad, pero podrá considerarse un atenuante al determinar la condena si el Tribunal estima que la justicia así lo exige”. De conformidad con el artículo 8, el Tribunal Militar Internacional entendió que el hecho de que “se haya ordenado a un soldado que mate o torture en vulneración del derecho internacional de la guerra jamás ha sido admitido como eximente para tales actos de brutalidad”<sup>247</sup>. Del mismo modo, el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente 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>248</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. Los instrumentos que regulan el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia<sup>249</sup>, el Tribunal Penal Internacional para Rwanda<sup>250</sup>, el Tribunal Especial para Sierra Leona<sup>251</sup>, el Tribunal Especial para el Líbano<sup>252</sup>, las Salas Especiales de Delitos Graves de Timor Oriental<sup>253</sup>, las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya<sup>254</sup>, el Tribunal Penal Supremo del Iraq<sup>255</sup> y las Salas Africanas Extraordinarias del sistema judicial senegalés<sup>256</sup> excluyen también las órdenes de

<sup>246</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>247</sup> *Trial of the Major War Criminals...* (véase la nota 198 *supra*), pág. 466.

<sup>248</sup> Estatuto de Tokio, art. 6.

<sup>249</sup> Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, art. 7, párr. 4.

<sup>250</sup> Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, art. 6, párr. 4.

<sup>251</sup> Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, art. 6, párr. 4.

<sup>252</sup> Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano, art. 3, párr. 3.

<sup>253</sup> Estatuto del Tribunal para Timor Oriental, art. 21.

<sup>254</sup> Acuerdo relativo al Establecimiento de las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya, art. 29.

<sup>255</sup> Estatuto del Tribunal Penal Supremo del Iraq, art. 15.

<sup>256</sup> Estatuto de las Salas Africanas Extraordinarias, art. 10, párr. 5.

superiores como eximente. Si bien no se aceptan las órdenes de superiores como eximente para ser enjuiciado por un delito, algunas de las jurisdicciones internacionales y nacionales mencionadas anteriormente permiten que las órdenes de un superior sirvan de circunstancia atenuante en la fase de imposición de la pena<sup>257</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>258</sup>, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985<sup>259</sup>, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994<sup>260</sup> y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006<sup>261</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>262</sup>. En algunos casos, se plantea el problema de la existencia en el derecho interno de un Estado de lo que se denomina eximente de “obediencia debida”<sup>263</sup>.

### *Prescripción*

28) Una posible restricción para el enjuiciamiento de una persona por crímenes de lesa humanidad en el derecho interno es la aplicación de un “plazo de prescripción”, a saber, una norma que prohíbe el enjuiciamiento del presunto infractor si entre la comisión del crimen y el inicio del enjuiciamiento ha transcurrido un período de tiempo superior a un número determinado de años. El proyecto de artículo 6, párrafo 5, dispone que todo Estado adoptará las medidas necesarias para que los delitos mencionados en el proyecto de artículo no prescriban.

29) No se estableció ninguna norma sobre prescripción en relación con los delitos internacionales, incluidos los crímenes de lesa humanidad, en los Estatutos de Nuremberg o Tokio, ni tampoco en los instrumentos constitutivos del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Rwanda o el Tribunal Especial para

<sup>257</sup> Véanse, por ejemplo, Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, art. 7, párr. 4; Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, art. 6, párr. 4; Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, art. 6, párr. 4; Estatuto del Tribunal para Timor Oriental, art. 21.

<sup>258</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>259</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>260</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>261</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 períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (E/CN.4/2004/59), párr. 72 (véase también la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, resolución 47/133 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1992, art. 6).

<sup>262</sup> Informe del Comité contra la Tortura, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/61/44)*, cap. III, examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención, Guatemala, párr. 32 13).

<sup>263</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 partes en virtud del artículo 19 de la Convención, Chile, párr. 56 i); véase también, *ibid.*, *sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/60/44)*, cap. III, examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención, Argentina, párr. 31 a) (donde se encomia a la Argentina por declarar la “nulidad absoluta” de su Ley de Obediencia Debida).

Sierra Leona. En cambio, en la Ley núm. 10 del Consejo de Control, aprobada en diciembre de 1945 por el Consejo de Control Interaliado de Alemania para el enjuiciamiento de presuntos infractores, se establecía que en los juicios o procesamientos por crímenes de lesa humanidad (así como crímenes de guerra y crímenes contra la paz) “el acusado no tiene derecho a acogerse a prescripción alguna respecto del período comprendido entre el 30 de enero de 1933 y el 1 de julio de 1945”<sup>264</sup>. Asimismo, el Estatuto de Roma de 1998 aborda expresamente la cuestión y establece que “[l]os crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán”<sup>265</sup>. Los redactores del Estatuto de Roma de 1998 apoyaron firmemente esta disposición en relación con los crímenes de lesa humanidad<sup>266</sup>. Del mismo modo, la Ley sobre el Establecimiento de las Salas Especiales en Camboya, el Tribunal Penal Supremo del Iraq y el Estatuto del Tribunal para Timor Oriental definen expresamente los crímenes de lesa humanidad como delitos que no prescriben<sup>267</sup>.

30) Por lo que respecta a si el enjuiciamiento de un presunto infractor ante los tribunales nacionales puede estar sujeto a prescripción, en 1967 la Asamblea General señaló que “la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes”<sup>268</sup>. El año siguiente, los Estados aprobaron la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, en que se requería a los Estados partes que adoptasen “las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique” a esos dos tipos de crímenes<sup>269</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>270</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.

31) Muchos tratados que se ocupan de delitos tipificados en la legislación nacional que no sean crímenes de lesa humanidad no contienen ninguna prohibición acerca de la prescripción. Por ejemplo, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984 no contiene ninguna prohibición de que se aplique la prescripción a los delitos relacionados con la tortura. Aun así, el Comité contra la Tortura ha afirmado que, habida cuenta de su gravedad, esos delitos no deben estar sujetos a prescripción<sup>271</sup>. Asimismo, si bien el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

<sup>264</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>265</sup> Estatuto de Roma, art. 29.

<sup>266</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, documento [A/CONF.183/13](#) (vol. II), pág. 151, segunda sesión ([A/CONF.183/C.1/SR.2](#)), párrs. 45 a 74.

<sup>267</sup> Acuerdo relativo al Establecimiento de las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya, art. 5; Estatuto del Tribunal Penal Supremo del Iraq, art. 17 d); Estatuto del Tribunal para Timor Oriental, art. 17.1; véanse también el informe de la Tercera Comisión ([A/57/806](#)), párr. 10 (Procesos contra el Khmer Rouge) y la resolución [57/228 B](#) de la Asamblea General, de 13 de mayo de 2003. Cabe señalar, además, que se atribuyó a las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya competencia sobre los crímenes de lesa humanidad cometidos decenios antes de su establecimiento, entre 1975 y 1979, cuando estaban en el poder los Khmer Rouge.

<sup>268</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”; 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>269</sup> Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, art. IV.

<sup>270</sup> Convenio Europeo sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad y los Crímenes de Guerra, art. 1.

<sup>271</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 1966<sup>272</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 Pacto<sup>273</sup>. En cambio, en la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006 se aborda la cuestión de la prescripción y se establece que “[c]ada Estado parte que aplique un régimen de prescripción a la desaparición forzada tomará las medidas necesarias para que el plazo de prescripción de la acción penal: a) sea prolongado y proporcionado a la extrema gravedad de este delito”<sup>274</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 previstos en la Convención<sup>275</sup>.

#### *Penas apropiadas*

32) El proyecto de artículo 6, párrafo 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.

33) 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>276</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>277</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>278</sup>.

34) En la medida en que una corte o un tribunal internacional tengan competencia respecto de los crímenes de lesa humanidad, las penas previstas para ese tipo de delitos podrán variar, pero se espera que sean acordes con la gravedad del delito. El Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia dispone que “[l]a Sala de Primera Instancia solo podrá imponer penas de privación de la libertad. Para determinar las condiciones en que se habrán de cumplir, las Salas de Primera Instancia recurrirán a la práctica general de los tribunales de la ex-Yugoslavia relativa a las penas de prisión”<sup>279</sup>. Además, el Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia debe “tener en cuenta factores tales como la gravedad del delito y las circunstancias personales del condenado”<sup>280</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

---

de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención, Italia, párr. 40 19).

<sup>272</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.

<sup>273</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 partes de conformidad con el artículo 40 del Pacto y de las situaciones de países en ausencia de informes que han dado lugar a observaciones finales públicas, Panamá (secc. A, párr. 79 7)).

<sup>274</sup> Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 8, párr. 1 a). Por el contrario, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas establece que la acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción.

<sup>275</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) (véase la nota 261 *supra*, párrs. 43 a 46 y 56).

<sup>276</sup> *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), cap. II, secc. D, art. 3.

<sup>277</sup> *Ibid.*, párr. 3) del comentario al art. 3.

<sup>278</sup> *Ibid.*

<sup>279</sup> Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, art. 24, párr. 1.

<sup>280</sup> Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia, art. 24, párr. 2.

prisión<sup>281</sup>. Incluso en el caso de las condenas por los crímenes internacionales más graves de trascendencia internacional, este enfoque puede dar lugar a una gran diversidad de penas. El artículo 77 del Estatuto de Roma de 1998 también prevé esta flexibilidad, al establecer la posibilidad de imponer una pena de reclusión de hasta 30 años o la reclusión a perpetuidad “cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado”<sup>282</sup>. Hay fórmulas similares en los instrumentos que regulan el Tribunal Especial para Sierra Leona<sup>283</sup>, el Tribunal Especial para el Líbano<sup>284</sup>, las Salas Especiales de Delitos Graves de Timor Oriental<sup>285</sup>, las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya<sup>286</sup>, el Tribunal Penal Supremo del Iraq<sup>287</sup> y las Salas Africanas Extraordinarias del sistema judicial senegalés<sup>288</sup>. Del mismo modo, en la medida en que en un ordenamiento jurídico nacional se hayan tipificado los crímenes de lesa humanidad, las penas previstas para ese tipo de delitos podrán variar, pero se espera que sean acordes con la gravedad del delito.

35) Los tratados internacionales que se ocupan de delitos no dictan a los Estados partes las penas que han de imponerse (o no), sino que, más bien, les conceden un margen de discrecionalidad para determinar el castigo en función de las circunstancias específicas del infractor y del delito<sup>289</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>290</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>291</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, de 1973<sup>292</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

<sup>281</sup> Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, art. 23, párr. 1.

<sup>282</sup> Estatuto de Roma, art. 77.

<sup>283</sup> Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, art. 19.

<sup>284</sup> Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano, art. 24.

<sup>285</sup> Estatuto del Tribunal para Timor Oriental, art. 10.

<sup>286</sup> Acuerdo relativo al Establecimiento de las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya, art. 39.

<sup>287</sup> Estatuto del Tribunal Penal Supremo del Iraq, art. 24.

<sup>288</sup> Estatuto de las Salas Africanas Extraordinarias, art. 24.

<sup>289</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” en esa disposición); informe del Comité *Ad Hoc* para la Elaboración de una Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 39 (A/32/39)*, anexo I (Actas resumidas de las sesiones 1ª a 19ª del Comité), 13ª sesión (15 de agosto de 1977), párr. 4 (observaciones similares del representante de los Estados Unidos de América); resolución 2005/81 de la Comisión de Derechos Humanos sobre la impunidad, párr. 15 (donde se pide a “todos los Estados [...] que velen por que las penas sean adecuadas y proporcionales a la gravedad del delito cometido”).

<sup>290</sup> Véase la Convención contra el Genocidio, art. V.

<sup>291</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 el Comentario de 2016 del CICR sobre el artículo 49 (nota 205 *supra*), párrs. 2838 a 2846.

<sup>292</sup> Véase Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, art. 2, párr. 2 (“Cada Estado parte hará que esos delitos sean castigados con penas adecuadas...”).

referencia tenía por finalidad subrayar que la pena debía tener en cuenta los importantes “intereses mundiales” en juego al castigar ese delito<sup>293</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>294</sup>. En algunos tratados, la cuestión de la gravedad (*gravity*) se expresa con términos como la “extrema gravedad” (*extreme seriousness*), la “gravedad” (*serious nature*) o la “extrema gravedad” (*extreme gravity*) de los delitos<sup>295</sup>.

#### *Personas jurídicas*

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

37) 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>296</sup>. En los Estados en que se trata de un concepto conocido, tal responsabilidad a veces existe con respecto a crímenes internacionales<sup>297</sup>. Por supuesto, los actos que pueden generar esa responsabilidad son cometidos por personas físicas, que actúan como funcionarios, administradores, agentes o en virtud de algún otro cargo o representación de la persona jurídica. Tal responsabilidad, en los Estados en que el 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.

38) La responsabilidad penal de las personas jurídicas no ha ocupado por el momento un lugar especialmente destacado en los tribunales o cortes penales internacionales. La Carta de Nuremberg, en los artículos 9 y 10, autorizó al Tribunal Militar Internacional a declarar durante el juicio de una persona que un grupo u organización era una organización criminal, lo que podía conducir al enjuiciamiento de otras personas por pertenencia a la organización. Durante los procesos incoados ante el Tribunal, así como en los llamados “subsecuentes Procedimientos de Nuremberg” iniciados en virtud de la Ley del Consejo de Control núm. 10, varias organizaciones de esa índole fueron así designadas, pero solo se juzgó y castigó a personas físicas<sup>298</sup>. El Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Rwanda no eran competentes para juzgar penalmente a personas

<sup>293</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>294</sup> Convención contra la Tortura, art. 4; véanse también Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, art. 9, párr. 2; Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, art. 4 b); Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, art. 4 b); Convención de la OUA sobre la Prevención y la Lucha contra el Terrorismo, art. 2 a).

<sup>295</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>296</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 sociedades y las penas con ella relacionadas varía según los ordenamientos jurídicos nacionales”).

<sup>297</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. Sanción para la persona jurídica (que dispone, en una sección titulada “Delitos contra la humanidad”, que: “Cuando una persona jurídica sea la responsable de cualquiera de los delitos de esta Sección, será sancionada con la extinción de la misma”).

<sup>298</sup> Véase, por ejemplo, *United States v. Krauch and others*, en *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals (The I.G. Farben Case)*, vols. VII y VIII (Washington, D.C., Tribunales Militares de Nuremberg, 1952).

jurídicas, como tampoco lo son el Tribunal Especial para Sierra Leona, las Salas Especiales de Delitos Graves de Timor Oriental, las Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya, el Tribunal Penal Supremo del Iraq ni las Salas Africanas Extraordinarias del sistema judicial senegalés. Los redactores del Estatuto de Roma de 1998 señalaron que “[e]xiste una profunda divergencia de opiniones por lo que se refiere a la conveniencia de incluir en el Estatuto la responsabilidad penal de las personas jurídicas”<sup>299</sup> y aunque se formularon propuestas sobre la inclusión de una disposición sobre esa responsabilidad, el Estatuto de Roma de 1998 no incluyó, en última instancia, tal disposición.

39) 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 Cruelles, 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 de la Comisión, de 1996, solo se ocupaba de la responsabilidad penal “individual”<sup>300</sup>.

40) Por otra parte, el Protocolo de 2014 por el que se modifica el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos de la Unión Africana, aunque no ha entrado aún en vigor, establece la competencia de la Corte Africana nuevamente constituida para juzgar a personas jurídicas por delitos internacionales, incluidos los crímenes de lesa humanidad<sup>301</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 desobediencia al Tribunal<sup>302</sup>.

41) 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>303</sup>; el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, de 1989<sup>304</sup>; el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, de 1999<sup>305</sup>; la Convención de las Naciones Unidas contra la

<sup>299</sup> Véase *Documentos Oficiales de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional*, Roma, 15 de junio a 17 de julio de 1998, vol. III (A/CONF.183/13), documento A/CONF.183/2, art. 23, párr. 6, nota 71.

<sup>300</sup> *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), cap. II, secc. D, pág. 21.

<sup>301</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>302</sup> *Al Khayat* (nota 296 *supra*). En última instancia, el Tribunal declaró no culpable a la persona jurídica, Al Jadeed TV. Véase *Al Jadeed [Co.] S.A.L./New T.V.S.A.L.(N.T.V.) Karma Mohamed Tahsin Al Khayat, Case No. STL-14-05/T/CJ, Contempt Judge*, decisión de 18 de septiembre de 2015, Tribunal Especial para el Líbano, párr. 55; *Al Jadeed [Co.] S.A.L./New T.V.S.A.L.(N.T.V.) Karma Mohamed Tahsin Al Khayat, Case No. STL-14-05/A/AP, Appeals Panel*, decisión de 8 de marzo de 2016.

<sup>303</sup> Véase Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid*, art. I, párr. 2 (“Los Estados partes en la presente Convención declaran criminales las organizaciones, las instituciones y los particulares que cometen el crimen de *apartheid*”).

<sup>304</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>305</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).

Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000<sup>306</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>307</sup>; la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003<sup>308</sup>; el Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental, de 2005<sup>309</sup>; y una serie de tratados celebrados en el ámbito del Consejo de Europa<sup>310</sup>. Otros instrumentos regionales también se ocupan de esta cuestión, principalmente en relación con la corrupción<sup>311</sup>. Esos tratados no suelen definir la expresión “persona jurídica”, dejando que los ordenamientos jurídicos nacionales apliquen la definición que normalmente exista en ellos.

42) 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 da a los Estados una flexibilidad considerable en el cumplimiento de su obligación.

43) El párrafo 7 del proyecto de artículo 6 toma como modelo el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, de 2000. El Protocolo Facultativo fue aprobado por la Asamblea General en 2000 y entró en vigor en 2002. En julio de 2017, un total de 173 Estados eran parte en el Protocolo Facultativo y otros 9 Estados lo habían firmado pero no lo habían ratificado todavía. El artículo 3, párrafo 1, del Protocolo Facultativo dispone que los Estados partes están obligados a asegurarse de que determinados actos queden comprendidos en su legislación penal, como la venta de niños para su explotación sexual o el ofrecimiento de un niño con fines de prostitución. Más adelante, el artículo 3, párrafo 4, dice así: “Con sujeción a los preceptos de su legislación, los Estados Partes adoptarán, cuando proceda, disposiciones que permitan hacer efectiva la responsabilidad de personas jurídicas por los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo. Con sujeción a los principios jurídicos aplicables en el Estado parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser penal, civil o administrativa”.

<sup>306</sup> Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 10.

<sup>307</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.

<sup>308</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 (publicación de las Naciones Unidas en formato electrónico, noviembre de 2012), págs. 253 a 256, y *Guía Legislativa para la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* (segunda edición revisada, 2012), págs. 92 a 98. Por lo que respecta a la convención análoga adoptada por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, véase OCDE, *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions* (París, 21 de noviembre de 1997), art. 2 (“Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por la corrupción de un agente público extranjero.”).

<sup>309</sup> Protocolo de 2005 al Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental (Londres, 14 de octubre de 2005), art. 5 (para el texto de la Convención de 1988 y el Protocolo correspondiente, véase Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1678, núm. 29004, pág. 201).

<sup>310</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; *European Convention on the Suppression of Terrorism* (Estrasburgo, 27 de enero de 1977), *ibid.*, vol. 1137, núm. 17828, pág. 93, art. 10.

<sup>311</sup> Véanse, por ejemplo, la Convención Interamericana contra la Corrupción, art. 8; *Southern African Development Community Protocol against Corruption* (Blantyre (Malawi), 14 de agosto de 2001), art. 4, párr. 2; *African Union Convention on Preventing and Combating Corruption* (Maputo, 11 de julio de 2003), art. 11, párr. 1.

44) El párrafo 7 del proyecto de artículo 6 utiliza los mismos términos, pero sustituye las palabras “Estados Partes” por “Estado” y la expresión “por los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo” por la de “por los delitos enunciados en el presente proyecto de artículo”. El párrafo 7 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 7 concede al Estado una gran flexibilidad para configurar esas medidas en consonancia con su legislación nacional. En primer lugar, las palabras “[c]on sujeción a los preceptos de su legislación nacional” deben interpretarse en el sentido de que el Estado dispone de un margen de discrecionalidad considerable en cuanto a las disposiciones que se adopten; la obligación se entiende “con sujeción al” enfoque en materia de responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de hechos delictivos que exista en la legislación nacional del Estado. Por ejemplo, en la mayoría de los Estados, la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de hechos delictivos solo será de aplicación, de conformidad con la legislación nacional, respecto de determinados tipos de personas jurídicas y no de otras. En la mayoría de las legislaciones nacionales, la expresión “personas jurídicas”, en este contexto, probablemente excluya a los Estados, los Gobiernos u otros órganos públicos que ejerzan competencias del Estado, así como a las organizaciones internacionales públicas<sup>312</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>313</sup>.

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

46) En cuanto a las disposiciones adoptadas, la segunda oración del párrafo 7 establece: “Con sujeción a los principios jurídicos del Estado, dicha responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser penal, civil o administrativa”. Esa oración figura, no solo en el Protocolo Facultativo de 2000, como se ha señalado antes, sino también en otros tratados que han obtenido muchas adhesiones, como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000<sup>314</sup>, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003<sup>315</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

<sup>312</sup> 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>313</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 (véase la nota 302 *supra*), párrs. 63 a 67.

<sup>314</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 el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, art. 5, párr. 1 (“Cada Estado parte, de conformidad con sus principios jurídicos internos, adoptará las medidas necesarias para que pueda establecerse la responsabilidad de una entidad jurídica ubicada en su territorio o constituida con arreglo a su legislación, cuando una persona responsable de su dirección o control cometa, en esa calidad, un delito enunciado en el artículo 2. Esa responsabilidad podrá ser penal, civil o administrativa.”).

<sup>315</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.”).

obligación de establecer la responsabilidad penal si ello es incompatible con los principios jurídicos nacionales de un Estado; en esos casos, se puede recurrir como alternativa a una forma de responsabilidad civil o administrativa. En cualquier caso, ya sea penal, civil o administrativa, esa responsabilidad se entiende sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas prevista en el proyecto de artículo 6.

### **Artículo 7** **Establecimiento de la competencia nacional**

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

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

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

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

### **Comentario**

1) El proyecto de artículo 7 dispone que todo Estado ha de establecer su competencia respecto de los delitos comprendidos en el proyecto de artículo 6 en una serie de casos, como cuando el delito tiene lugar en un territorio bajo su jurisdicción, ha sido cometido por uno de sus nacionales o el infractor se encuentra en un territorio bajo su jurisdicción.

2) Por regla general, los instrumentos internacionales han tratado de alentar a los Estados a que establezcan en la legislación nacional una gama relativamente amplia de fundamentos jurisdiccionales para reprimir los delitos más graves de trascendencia internacional, de modo que no haya refugio para quienes los cometan. Así, con arreglo al 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>316</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>317</sup>. El preámbulo del Estatuto de Roma de 1998 dispone que “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional [...] para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia” y que “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”.

3) Así pues, cuando los tratados que se ocupan de delitos tratan de la aplicación en la legislación nacional, incluyen generalmente una disposición sobre el establecimiento de la

<sup>316</sup> *Anuario...*, 1996, vol. II (segunda parte), cap. II, secc. D, art. 8.

<sup>317</sup> *Ibid.*, párr. 5) del comentario al art. 8.

jurisdicción 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>318</sup>. Al mismo tiempo, esos tratados suelen obligar únicamente al Estado parte a ejercer su jurisdicción cuando el presunto infractor se encuentre en el territorio del Estado parte (véase el proyecto de artículo 9 *infra*), lo que da lugar a que se someta el caso a las autoridades competentes de ese Estado parte a efectos de enjuiciamiento o a que se extradite o entregue al presunto infractor a otro Estado parte o tribunal internacional competente (véase el proyecto de artículo 10 *infra*).

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

La obligación del Estado de tipificar la tortura y establecer su competencia al respecto encuentra su equivalente en las disposiciones de muchos instrumentos internacionales de lucha contra la delincuencia internacional. Esta obligación, que tiene que ser cumplida por el Estado en cuestión en el momento en que queda obligado por la Convención, tiene en particular una naturaleza preventiva y disuasoria, ya que al dotarse de las herramientas jurídicas necesarias para enjuiciar este tipo de delitos, los Estados partes se aseguran de que sus sistemas jurídicos funcionarán a tal fin y se comprometen a coordinar sus esfuerzos por eliminar todo riesgo de impunidad. Este carácter preventivo se hace más pronunciado a medida que aumenta el número de Estados partes<sup>319</sup>.

5) Hay disposiciones comparables a las que figuran en el proyecto de artículo 7 en muchos tratados que se ocupan de delitos<sup>320</sup>. Aunque aún no existe ningún tratado relativo a los crímenes de lesa humanidad, los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal indicaron en su opinión separada conjunta en la causa relativa a la *Orden de detención de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)* que:

La serie de tratados multilaterales con disposiciones especiales en materia de competencia refleja la determinación de la comunidad internacional de que no queden impunes las personas involucradas en crímenes de guerra, secuestros, toma de rehenes [y] torturas. A pesar de que los crímenes de lesa humanidad no son

<sup>318</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>319</sup> Véase *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, fallo, I.C.J. Reports 2012, págs. 422 y ss., en especial pág. 451, párr. 75.

<sup>320</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 Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, art. 12; Convención contra la Tortura, art. 5; Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, art. 10; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, art. IV; Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, art. 6; Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, art. 7; Convención de la OUA sobre la Prevención y la Lucha contra el Terrorismo, art. 6, párr. 1; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 15; Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 9, párrs. 1 y 2; Convención de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental sobre la Lucha contra el Terrorismo, art. VII, párrs. 1 a 3.

todavía objeto de una convención independiente, no cabe dudar de una indignación internacional comparable ante esos actos<sup>321</sup>.

6) El proyecto de artículo 7, párrafo 1 a), exige que se establezca la competencia cuando el delito se cometa en el territorio del Estado, un tipo de competencia que, a menudo, se denomina “competencia territorial”. En lugar de referirse únicamente al “territorio” de un Estado, la Comisión consideró apropiado referirse al territorio “bajo su jurisdicción”, que, como sucedía en el proyecto de artículo 4, tiene por objeto englobar tanto el territorio *de iure* del Estado como cualquier otro territorio bajo su jurisdicción. Además, la competencia territorial a menudo incluye la competencia para conocer de los delitos cometidos a bordo de un buque o una aeronave matriculados en el Estado; de hecho, los Estados que aprueban leyes nacionales sobre los crímenes de lesa humanidad generalmente establecen su competencia respecto de los actos ocurridos en esos buques o aeronaves.

7) El proyecto de artículo 7, párrafo 1 b), requiere que se establezca la competencia cuando el presunto infractor sea nacional de ese Estado, un tipo de competencia que en ocasiones se denomina “competencia en razón de la nacionalidad” o “competencia en razón de la personalidad activa”. El párrafo 1 b) también indica que el Estado puede, a título facultativo, establecer la competencia cuando el infractor sea “una persona apátrida que resida habitualmente en su territorio”. Esa formulación se basa en el texto de algunas convenciones vigentes, como el artículo 5, párrafo 1 b), de la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes de 1979.

8) El proyecto de artículo 7, párrafo 1 c), se refiere a la competencia cuando la víctima sea nacional del Estado, un tipo de competencia que a veces se conoce como “competencia en razón de la personalidad pasiva”. Dado que muchos Estados prefieren no ejercer ese tipo de competencia, es facultativa; un Estado puede establecer esa competencia “si [...] lo considera apropiado”, pero no está obligado a hacerlo. Esa formulación también se basa en el texto de una amplia variedad de instrumentos en vigor.

9) El proyecto de artículo 7, párrafo 2, 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 la competencia, dada la presencia del presunto infractor en su territorio. Esa obligación contribuye a impedir que un presunto infractor busque refugio en un Estado que no tenga conexión, en modo alguno, con el delito.

10) El proyecto de artículo 7, párrafo 3, deja claro que, si bien todo Estado tiene la obligación de establecer esos tipos de competencia, ello no excluye el ejercicio de cualquier otra competencia prevista en la legislación nacional de ese Estado. Así, a fin de preservar el derecho de los Estados partes a establecer una competencia nacional más allá del alcance del tratado, y sin perjuicio de cualquier norma de derecho internacional aplicable, los tratados que se ocupan de delitos generalmente prevén la posibilidad de que un Estado parte pueda haber determinado otros motivos para establecer su competencia que le permitan exigir responsabilidades a un presunto infractor<sup>322</sup>. En su opinión separada conjunta en la

<sup>321</sup> *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, fallo, *I.C.J. Reports 2002*, pág. 3, opinión separada conjunta de los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal, párr. 51.

<sup>322</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

causa relativa a la *Orden de detención*, los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal citaron, entre otras, una disposición de esa índole que figura en la Convención contra la Tortura, y declararon lo siguiente:

Rechazamos la idea de que la lucha contra la impunidad se “delega” en los tratados y tribunales internacionales y de que los tribunales nacionales no tienen ninguna competencia en esas cuestiones. Se ha prestado gran atención al formular las disposiciones convencionales en la materia a no excluir otros motivos de competencia que puedan ejercerse con carácter voluntario<sup>323</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 separada en la causa relativa a la *Orden de detención*, el Magistrado Guillaume observó lo siguiente con respecto al “sistema” establecido en virtud de los tratados de ese tipo:

Siempre que el autor de cualquiera de los delitos recogidos en esas convenciones se encuentre en el territorio de un Estado, este tiene la obligación de detenerlo y después extraditarlo o juzgarlo. *Antes debe haber conferido competencia a sus tribunales para juzgarlo si no es extraditado*. De este modo se asegura el castigo universal de todos esos delitos, ya que se deniega refugio a los infractores en todos los Estados<sup>324</sup>.

### **Artículo 8 Investigación**

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

### **Comentario**

1) El proyecto de artículo 8 se ocupa de las situaciones en que hay motivos razonables para creer que se han cometido o se están cometiendo actos que constituyen crímenes de lesa humanidad en el territorio bajo la jurisdicción de un Estado. Ese Estado es el más indicado para realizar ese tipo de investigación a fin de determinar si, de hecho, los crímenes se han cometido o se están cometiendo y, de ser así, si han sido cometidos por fuerzas gubernamentales bajo su control, fuerzas bajo el control de otro Estado o miembros de una organización no estatal. Esa investigación puede servir no solo para identificar a los presuntos infractores y localizarlos, sino también para contribuir a acabar con los crímenes que se están cometiendo e impedir que vuelvan a cometerse identificando su origen. La investigación debe contrastarse con una investigación preliminar de los hechos en relación 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>325</sup>. Por ejemplo, el artículo 12 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984 dispone lo siguiente: “Todo Estado parte velará por que, siempre que haya motivos razonables para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto de tortura, las autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial”. Esa obligación es diferente de la obligación del Estado parte recogida

---

seguridad nacional). El párrafo 4 del presente artículo permite a las Partes establecer, de conformidad con su legislación nacional, otros tipos de competencia.”).

<sup>323</sup> *Arrest Warrant of 11 April 2000* (véase la nota 321 *supra*), opinión separada conjunta de los Magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal, párr. 51.

<sup>324</sup> *Ibid.*, opinión separada del Magistrado Guillaume, párr. 9 (sin cursiva en el original).

<sup>325</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; Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica (Estambul, 11 de mayo de 2011), Consejo de Europa, *European Treaty Series*, núm. 210, art. 55, párr. 1.

en el artículo 6, párrafo 2, de la Convención contra la Tortura de 1984 de realizar una investigación de los hechos en relación con un presunto infractor en concreto. Como se ha señalado, el artículo 12 de la Convención contra la Tortura de 1984 exige que se proceda a una investigación siempre que haya “motivos razonables para creer” que se ha cometido un delito, independientemente de si las víctimas han presentado una denuncia oficial ante las autoridades del Estado<sup>326</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 deben “proceder inmediatamente” a una investigación siempre que haya motivos razonables para creer que se han cometido actos de tortura o malos tratos, “sin que tenga mayor relevancia el origen de la sospecha”<sup>327</sup>.

3) El Comité contra la Tortura también ha determinado que se ha infringido el artículo 12 cuando la investigación del Estado no ha sido “pronta e imparcial”<sup>328</sup>. La condición de que sea pronta significa que, en cuanto exista la sospecha de que se ha cometido un delito, deben iniciarse de inmediato o sin demora las investigaciones. En la mayoría de los casos en que el Comité determinó que no se había actuado con prontitud, lo que había ocurrido es que no se había llevado a cabo ningún tipo de investigación o la investigación no se había iniciado hasta después de transcurrido mucho tiempo. Por ejemplo, el Comité consideró que “el transcurso de un período de 15 meses antes de iniciar una investigación de las alegaciones es excesivamente largo y no cumple el requisito del artículo 12 de la Convención”<sup>329</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>330</sup>.

4) El requisito de la imparcialidad significa que los Estados deben proceder a realizar las investigaciones de manera seria, efectiva y justa. En algunas ocasiones, el Comité contra la Tortura ha recomendado que la investigación de los delitos “esté bajo la vigilancia directa de jueces independientes”<sup>331</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>332</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 comprobar los registros

<sup>326</sup> Véanse *Encarnación Blanco Abad c. España*, comunicación núm. 59/1996, 14 de mayo de 1998, párr. 8.2, en el informe del Comité contra la Tortura, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/53/44)*, anexo X, secc. A.3; *Daniilo Dimitrijevic c. Serbia y Montenegro*, comunicación núm. 172/2000, 16 de noviembre de 2005, párr. 7.3, *ibid.*, *sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/61/44)*, anexo VIII, secc. A.

<sup>327</sup> Véase *Dhaou Belgacem Thabti c. Túnez*, comunicación núm. 187/2001, 14 de noviembre de 2003, párr. 10.4, *ibid.*, *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/59/44)*, anexo VII, secc. A.

<sup>328</sup> Véase, por ejemplo, *Bairamov c. Kazajstán*, comunicación núm. 497/2012, 14 de mayo de 2014, párrs. 8.7 y 8.8, *ibid.*, *sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/69/44)*, anexo XIV.

<sup>329</sup> *Qani Halimi-Nedzibi c. Austria*, comunicación núm. 8/1991, 18 de noviembre de 1993, párr. 13.5, *ibid.*, *cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/49/44)*, anexo V.

<sup>330</sup> *Encarnación Blanco Abad c. España* (véase la nota 326 *supra*), párr. 8.2.

<sup>331</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 partes en virtud del artículo 19 de la Convención, Ecuador, párrs. 97 a 105, en especial párr. 105.

<sup>332</sup> *Ibid.*, *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/56/44)*, cap. IV, examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención, Guatemala, párrs. 67 a 76, en especial párr. 76 d).

públicos disponibles, examinar a los funcionarios públicos competentes u ordenar la exhumación de cadáveres<sup>333</sup>.

5) Algunos tratados que no incluyen expresamente esa obligación de investigar han sido interpretados, no obstante, en el sentido de que la incluyen implícitamente. Por ejemplo, aunque en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 no figura ninguna obligación expresa de ese tipo, el Comité de Derechos Humanos ha afirmado reiteradamente que los Estados deben investigar de buena fe las infracciones del Pacto<sup>334</sup>. Los órganos regionales de derechos humanos también han interpretado que sus instrumentos legales contienen una obligación implícita de llevar a cabo una investigación<sup>335</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 comprendidos en el presente proyecto de artículos procederá a la detención de dicha persona o tomará otras medidas legales para asegurar su presencia. La detención y las otras medidas legales se llevarán a cabo de conformidad con la legislación de ese Estado, si bien podrán mantenerse solamente por el período que sea necesario para permitir el inicio de actuaciones penales o de un procedimiento de extradición o de entrega.

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

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

## Comentario

1) El proyecto de artículo 9 prevé la adopción de algunas medidas preliminares por el Estado en el territorio bajo cuya jurisdicción se encuentre un presunto infractor. El párrafo 1 insta al Estado a proceder a la detención de dicha persona o tomar otras medidas legales para asegurar su presencia, de conformidad con la legislación de ese Estado, pero

<sup>333</sup> *Khaled Ben M'Barek c. Túnez*, comunicación núm. 60/1996, 10 de noviembre de 1999, párrs. 11.9 y 11.10, *ibid.*, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/55/44), anexo VIII, secc. A.

<sup>334</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, párr. 8.2, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 40 (A/61/40)*, vol. II, anexo V, secc. P; *Kouidis c. Grecia*, comunicación núm. 1070/2002, dictamen aprobado el 28 de marzo de 2006, párr. 9, *ibid.*, secc. T; *Agabekov c. Uzbekistán*, comunicación núm. 1071/2002, dictamen aprobado el 16 de marzo de 2007, párr. 7.2, *ibid.*, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 40 (A/62/40), vol. II, anexo VII, secc. I; *Karimov c. Tayikistán* y *Nursatov c. Tayikistán*, comunicaciones núms. 1108/2002 y 1121/2002, dictamen aprobado el 26 de marzo de 2007, párr. 7.2, *ibid.*, secc. H.

<sup>335</sup> Véanse, por ejemplo, *Ergi v. Turkey*, sentencia, 28 de julio de 1998, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Reports of Judgments and Decisions 1998-IV*, párrs. 82, 85 y 86; *Bati and Others v. Turkey*, demandas núms. 33097/96 y 57834/00, sentencia definitiva de 3 de septiembre de 2004, Primera Sección, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2004-IV, párr. 133; *Paniagua Morales y otros vs. Guatemala*, sentencia de 8 de marzo de 1998, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, núm. 37; *Ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas de personas c. Perú*, informe núm. 101/01, de 11 de octubre de 2001, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser./L/V/II.114 doc. 5 rev., pág. 563.

solamente por el período que sea necesario a fin de permitir el inicio de actuaciones penales o de un procedimiento de extradición o de entrega. Se trata de medidas habituales en los procedimientos penales nacionales, en particular para evitar nuevos actos delictivos y el riesgo de fuga del presunto infractor.

2) El párrafo 2 dispone que el Estado procederá inmediatamente a una investigación preliminar de los hechos. El derecho penal nacional de los Estados suele disponer tal investigación preliminar para determinar si existe un delito perseguible.

3) El párrafo 3 dispone que el Estado notificará inmediatamente las medidas adoptadas a los Estados mencionados en el proyecto de artículo 7, párrafo 1, e indicará si se propone ejercer su jurisdicción. Ello permitirá a esos otros Estados plantearse si desean ejercer su jurisdicción, en cuyo caso podrán solicitar la extradición. En algunas situaciones, un Estado puede no ser plenamente consciente de qué otros Estados han establecido su jurisdicción (por ejemplo, un Estado que ha decidido establecer su jurisdicción respecto de una persona apátrida que reside habitualmente en el territorio de ese Estado); en tales casos, la viabilidad del cumplimiento de la obligación puede depender de las circunstancias.

4) La Asamblea General y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas han reconocido la importancia de esas medidas preliminares en el contexto de los crímenes de lesa humanidad. Así, la Asamblea General ha instado “a todos los Estados a quienes concierna a que adopten las medidas necesarias para la investigación rigurosa de [...] los crímenes de lesa humanidad [...] así como para la identificación, detención, extradición y castigo de tod[a]s [...] las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad y que no hayan sido enjuiciad[a]s ni castigad[a]s”<sup>336</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>337</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>338</sup>.

5) Los tratados que se ocupan de delitos suelen prever esas medidas preliminares<sup>339</sup>, como el artículo 6 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984<sup>340</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

<sup>336</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>337</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>338</sup> Resolución 1894 (2009) del Consejo de Seguridad, de 11 de noviembre de 2009, párr. 10.

<sup>339</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; Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, art. 6; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, art. 8; Convenio Internacional para la Represión de los Atentados 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>340</sup> Convención contra la Tortura, art. 6.

enjuiciamiento...”<sup>341</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>342</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 partes”, es preciso adoptar las medidas “no bien se identifique al sospechoso en el territorio del Estado, a fin de proceder a la investigación del caso”<sup>343</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 objetivo y propósito de la Convención, que es hacer más eficaz la lucha contra la tortura evitando que queden impunes los autores de esos actos”<sup>344</sup>.

#### **Artículo 10** *Aut dedere aut iudicare*

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

#### **Comentario**

1) El proyecto de artículo 10 obliga al Estado en el territorio bajo cuya jurisdicción se encuentra un presunto infractor a enjuiciarlo en el marco del sistema nacional del Estado. El único medio alternativo de cumplimiento de esa obligación es que el Estado extradite o entregue al presunto infractor a otro Estado o tribunal penal internacional competente que esté dispuesto a enjuiciarlo y tenga capacidad para hacerlo. Esa obligación suele conocerse como el principio *aut dedere aut iudicare*, un principio que ha sido estudiado recientemente por la Comisión<sup>345</sup> y que figura en numerosos tratados multilaterales sobre delitos<sup>346</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 definían los crímenes de lesa humanidad en el artículo 18 y, en el artículo 9, se disponía además que “[s]in perjuicio de la jurisdicción de un tribunal penal internacional, el Estado parte en cuyo territorio se hallare la persona que presuntamente hubiere cometido un crimen previsto en los artículos 17, 18, 19 o 20 concederá la extradición de esa persona o la juzgará”<sup>347</sup>.

<sup>341</sup> *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (véase la nota 319 *supra*), pág. 450, párr. 72.

<sup>342</sup> *Ibid.*, pág. 453, párr. 83.

<sup>343</sup> *Ibid.*, pág. 454, párr. 86.

<sup>344</sup> *Ibid.*, pág. 451, párr. 74.

<sup>345</sup> Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10)*, cap. VI.

<sup>346</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>347</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”).

3) La mayoría de los tratados multilaterales en que se establece esa obligación<sup>348</sup> emplean la denominada “fórmula de La Haya”, que debe su nombre al Convenio de La Haya para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, de 1970<sup>349</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 desee solicitar la extradición. Aunque habitualmente se alude a ella como la obligación de extraditar o “juzgar”, la obligación consiste en “somete[r] el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento”, esto es, someter el asunto a la fiscalía, que puede decidir iniciar el proceso o no hacerlo. En particular, si las autoridades competentes determinan que no hay pruebas suficientes de culpabilidad, el acusado no debe ser imputado, enjuiciado ni castigado<sup>350</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>351</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 Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984:

“90. Tal como se desprende de los trabajos preparatorios de la Convención, el artículo 7, párrafo 1, se basa en una disposición similar que figura en el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, firmado en La Haya el

<sup>348</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 Unión Africana para la Eliminación de la Actividad de Mercenarios en África (Libreville, 3 de julio de 1977), *ibid.*, vol. 1490, núm. 25573, pág. 89, arts. 8 y 9, párrs. 2 y 3; Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo, art. 7; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, art. 14; Convención Regional de la Asociación de Asia Meridional para la Cooperación Regional (SAARC) sobre la Eliminación del Terrorismo (Katmandú, 4 de noviembre de 1987), en *Instrumentos internacionales relativos a la prevención y la represión del terrorismo internacional*, publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.08.V.2 (Nueva York, 2008), págs. 186 y ss., en especial art. IV, pág. 188; Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, art. 6; Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (México, 18 de marzo de 1994), OEA, *Treaty Series*, núm. 79, art. 9; Convención Interamericana contra la Corrupción (Caracas, 29 de marzo de 1996), art. 13, párr. 6; Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados (Washington, D.C., 14 de noviembre de 1997), art. 19, párr. 6; Liga de los Estados Árabes, Convención Árabe sobre la Represión del Terrorismo (El Cairo, 22 de abril de 1998), en *Instrumentos internacionales relativos a la prevención y la represión del terrorismo internacional*, publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.08.V.2 (Nueva York, 2008), págs. 191 y ss., en especial art. 6, párr. 195; Consejo de Europa, Convenio Penal sobre la Corrupción (Estrasburgo, 27 de enero de 1999), *European Treaty Series*, núm. 173, art. 27, párr. 5; Convención de la Organización de la Conferencia Islámica sobre la Lucha contra el Terrorismo Internacional (Uagadugú, 1 de julio de 1999), anexo a la resolución 59/26-P, art. 6; Consejo de Europa, Convenio sobre la Ciberdelincuencia (Budapest, 23 de noviembre de 2001), *European Treaty Series*, núm. 185, art. 24, párr. 6; Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, art. 15, párr. 6; Convenio del Consejo de Europa para la Prevención del Terrorismo (Varsovia, 16 de mayo de 2005), *Council of Europe Treaty Series*, núm. 196, art. 18; Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos (Varsovia, 16 de mayo de 2005), *Council of Europe Treaty Series*, núm. 197, art. 31, párr. 3; y Convención de la ASEAN sobre la Lucha contra el Terrorismo, art. XIII, párr. 1.

<sup>349</sup> Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, art. 7.

<sup>350</sup> Véase “Examen de las convenciones multilaterales que pueden resultar pertinentes para la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema ‘La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)’”, estudio de la Secretaría (A/CN.4/630), págs. 77 y 78.

<sup>351</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.

16 de diciembre de 1970. La obligación de someter el caso a las autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento (en adelante, la ‘obligación de juzgar’) se formuló a fin de permitir a esas autoridades decidir si corresponde o no iniciar el proceso, con lo cual se respeta la independencia de los sistemas judiciales de los Estados partes. Estos dos instrumentos ponen de relieve, además, que las autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a cualquier delito de carácter grave, de acuerdo con la legislación del Estado interesado (artículo 7, párrafo 2, de la Convención contra la Tortura y artículo 7 del Convenio de La Haya de 1970). En consecuencia, las autoridades competentes que intervengan siguen siendo responsables de decidir si corresponde iniciar un proceso, teniendo en cuenta las pruebas de que dispongan y las normas pertinentes de procedimiento penal.

91. La obligación de juzgar establecida en el artículo 7, párrafo 1, suele aplicarse en el contexto de la Convención contra la Tortura después de que el Estado haya cumplido las demás obligaciones establecidas en los artículos precedentes, que lo obligan a aprobar la legislación adecuada que le permita tipificar como delito la tortura, a establecer la jurisdicción universal en la materia de sus tribunales y a proceder a una investigación de los hechos. Esas obligaciones, en su conjunto, pueden considerarse elementos de un mismo mecanismo convencional que tiene por objeto evitar que los sospechosos puedan eludir las consecuencias de su responsabilidad penal, si se prueba...

[...]

94. La Corte aclara que el artículo 7, párrafo 1, exige al Estado interesado que someta el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, sin que importe la existencia de una solicitud previa de extradición del sospechoso. En consecuencia, el Estado está obligado a realizar una investigación preliminar (artículo 6, párrafo 2) en cuanto el sospechoso se halle en su territorio, en el entendimiento de que la obligación de someter el caso a las autoridades competentes, con arreglo al artículo 7, párrafo 1, puede dar lugar o no a que se inicie un procedimiento, según las pruebas con que se cuente relacionadas con los cargos que se imputen al sospechoso.

95. Sin embargo, si el Estado en cuyo territorio se halle el sospechoso ha recibido una solicitud de extradición en alguno de los casos previstos en las disposiciones de la Convención, puede eximirse de su obligación de juzgar accediendo a esa solicitud. Con arreglo a la Convención, la elección entre extradición o sometimiento a enjuiciamiento no quiere decir que las dos alternativas tengan el mismo peso porque, si bien la extradición es una opción que la Convención ofrece al Estado, el enjuiciamiento es una obligación internacional establecida por la Convención, y su incumplimiento es un acto ilícito que da lugar a la responsabilidad del Estado.

[...]

114. El artículo 7, párrafo 1, de la Convención no contiene ninguna indicación sobre los plazos para el cumplimiento de las obligaciones allí establecidas; está necesariamente implícito en el texto que se deben cumplir dentro de un plazo razonable, de manera compatible con el objetivo y propósito de la Convención.

115. La Corte considera que la obligación de juzgar impuesta al Estado en el artículo 7, párrafo 1, de la Convención, tiene por finalidad que se puedan cumplir el objetivo y propósito de la Convención, a saber ‘hacer más eficaz la lucha contra la tortura’ (Preámbulo de la Convención). Ese es el motivo por el que el proceso ha de iniciarse sin demora.

[...]

120. El propósito de esas disposiciones convencionales es impedir que los presuntos actos de tortura queden impunes, asegurando que sus autores no puedan refugiarse en ninguno de los Estados partes. El Estado en cuyo territorio se halle el sospechoso tiene ciertamente la opción de extraditarlo al país que lo haya solicitado,

a condición de que sea un Estado que tenga algún tipo de competencia, con arreglo al artículo 5 de la Convención, para enjuiciarlo.”<sup>352</sup>

5) La Corte determinó también diversos factores que no podían justificar el incumplimiento de esas obligaciones: las dificultades financieras del Estado<sup>353</sup>, la remisión del asunto a una organización regional<sup>354</sup>, y las dificultades de aplicación en el marco del derecho interno del Estado<sup>355</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 no solo a otro Estado, sino también a un tribunal penal internacional competente para enjuiciarlo. Esta tercera alternativa ha surgido con el establecimiento de la Corte Penal Internacional y otros tribunales penales internacionales<sup>356</sup>. Aunque el término “extradición” a menudo se asocia con el envío de una persona a un Estado y el término “entrega” se utiliza en general para la remisión de una persona a un tribunal penal internacional competente, el proyecto de artículo 10 está redactado de manera que no se limite el uso de los términos en ese sentido. La terminología empleada en los ordenamientos penales nacionales y en las relaciones internacionales puede variar<sup>357</sup> y, por esa razón, la Comisión consideró que era preferible una formulación más general. Además, si bien el proyecto de artículo 10 podría condicionar la referencia a un tribunal penal internacional estableciendo que ha de ser un tribunal cuya jurisdicción haya reconocido el Estado que entrega a la persona<sup>358</sup>, esa matización se consideró innecesaria.

7) La segunda oración del proyecto de artículo 10 dispone que, cuando un Estado someta el caso a efectos de enjuiciamiento o extradite o entregue a la persona, sus “autoridades tomarán la decisión de la misma manera que lo harían en el caso de cualquier otro delito de carácter grave de conformidad con el derecho de ese Estado”. La mayoría de los tratados que contienen la fórmula de La Haya incluyen una cláusula de ese tipo, cuyo propósito es contribuir a que se apliquen los procedimientos y criterios probatorios establecidos para los delitos graves.

8) La obligación del Estado de someter el asunto a las autoridades competentes puede entrar en conflicto con su facultad de conceder una amnistía, entendida como la adopción de medidas legales que tengan el efecto de impedir la posibilidad de enjuiciar por vía penal a ciertas personas (o categorías de personas) en relación con una conducta criminal específica presuntamente cometida antes de la aprobación de la amnistía, o de medidas legales que dejen sin efecto, con carácter retroactivo, la responsabilidad legal previamente establecida<sup>359</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

<sup>352</sup> *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (véase la nota 319 *supra*), págs. 454 a 461, párrs. 90, 91, 94, 95, 114, 115 y 120.

<sup>353</sup> *Ibid.*, pág. 460, párr. 112.

<sup>354</sup> *Ibid.*

<sup>355</sup> *Ibid.*, pág. 460, párr. 113.

<sup>356</sup> Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/69/10)*, cap. VI, secc. C (Informe final sobre el tema), párr. 35), págs. 167 y 168.

<sup>357</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*, núm. L 190, 18 de julio de 2002, pág. 1. El artículo 1 de la decisión marco dispone lo siguiente: “La orden de detención europea es una resolución judicial dictada por un Estado miembro con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro de una persona buscada para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad” (sin cursiva en el original).

<sup>358</sup> Véase la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, art. 11, párr. 1.

<sup>359</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.

determinadas condiciones, como el desarme de un grupo no estatal, la disposición del presunto infractor a reconocer públicamente los crímenes cometidos o la presentación por parte de este de disculpas a las víctimas o a sus familiares.

9) Con respecto al enjuiciamiento ante los tribunales penales internacionales, durante la negociación del Estatuto de Roma de 1998 de la Corte Penal Internacional se debatió la posibilidad de incluir una disposición sobre la amnistía, pero no se hizo. Tampoco se incorporó una disposición de ese tipo en los Estatutos del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y del Tribunal Internacional para Rwanda. No obstante, en el contexto del primero se sostuvo que la amnistía aprobada en virtud del derecho nacional en relación con el delito de tortura “no tendría reconocimiento jurídico internacional”<sup>360</sup>. Los instrumentos por los que se establecen el Tribunal Especial para Sierra Leona<sup>361</sup> y las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya<sup>362</sup> señalan que las amnistías aprobadas con arreglo al derecho nacional no constituyen un obstáculo para el ejercicio de sus respectivas competencias. Además, esos tribunales reconocen que hay una “norma internacional en proceso de cristalización”<sup>363</sup> o “consenso emergente”<sup>364</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.

10) Con respecto al enjuiciamiento ante tribunales nacionales, tratados negociados recientemente que se ocupan de los crímenes en el derecho nacional no han prohibido de manera expresa las amnistías, ni siquiera los que se ocupan de crímenes graves. Por ejemplo, durante la negociación de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006 se planteó la posibilidad de incluir una disposición sobre la amnistía, pero no se hizo<sup>365</sup>. Sin embargo, tribunales y órganos regionales de derechos humanos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, han considerado que las amnistías son inadmisibles, o bien que excluyen la rendición de cuentas con arreglo a los tratados regionales de derechos humanos<sup>366</sup>. Los órganos de expertos creados en virtud de tratados han interpretado que sus

<sup>360</sup> Véase *Prosecutor v. Furundžija* (nota 219 *supra*), párr. 155.

<sup>361</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>362</sup> Acuerdo relativo al Establecimiento de Salas Especiales de los Tribunales de Camboya, art. 40 (“El Gobierno Real de Camboya no pedirá la amnistía ni el perdón para ninguna persona contra la cual pueda hacerse una instrucción o dictarse sentencia condenatoria por los crímenes a que se hace referencia en los artículos 3, 4, 5, 6, 7 y 8 de la presente Ley. El alcance de la amnistía o el perdón concedidos antes de la aprobación de la presente Ley es un asunto que habrán de dirimir las Salas Especiales.”).

<sup>363</sup> Véase *Prosecutor v. Kallon and Kamara*, causa núm. SCSL-2004-15-AR72(E) y SCSL-2004-16-AR72(E), 13 de marzo de 2004, párrs. 66 a 74 y 82 a 84.

<sup>364</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, Salas Especiales de los Tribunales de Camboya, Sala de Primera Instancia, párrs. 40 a 53.

<sup>365</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>366</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 de 26 de septiembre de 2006, Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie C, núm. 154, párr. 154; *Zimbabwe Human Rights NGO Forum v. Zimbabwe*, comunicación núm. 245/02, decisión de 15 de mayo de 2006, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, párrs. 211 y 212. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha adoptado un enfoque más cauto al reconocer que “la tendencia creciente en el derecho internacional” es considerar inaceptables las amnistías por violaciones graves de los derechos humanos fundamentales, pues son incompatibles con la obligación de los Estados, unánimemente reconocida, de enjuiciar y castigar esos delitos. Véase *Marguš v. Croatia*, demanda núm. 4455/10, sentencia de 27 de mayo de 2014, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, párr. 139.

respectivos tratados impiden a los Estados partes aprobar leyes de amnistía, aplicarlas o no derogarlas<sup>367</sup>. Además, la posición de la Secretaría de las Naciones Unidas no es reconocer ni dejar pasar la concesión de amnistías en caso de genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o violaciones manifiestas de los derechos humanos en relación con acuerdos de paz respaldados por las Naciones Unidas<sup>368</sup>.

11) Con respecto al 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>369</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.

<sup>367</sup> Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 20 (1992) sobre el artículo 7 (Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), en *Informe del Comité de Derechos Humanos, Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 40 (A/47/40)*, anexo VI A, párr. 15; Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 31, párr. 18; Comité de Derechos Humanos, *Hugo Rodríguez c. el Uruguay*, comunicación núm. 322/1988, dictamen aprobado el 19 de julio de 1994, párr. 12.4. El Comité contra la Tortura ha sostenido que las amnistías respecto del delito de tortura son incompatibles con las obligaciones que incumben a los Estados partes en virtud de la Convención contra la Tortura. Véase, por ejemplo, observación general núm. 3 (2012) sobre la aplicación del artículo 14, en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 44 (A/68/44)*, anexo X, párr. 41. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer también ha recomendado que los Estados partes se aseguren de que los aspectos sustantivos de los mecanismos de justicia de transición garanticen el acceso de las mujeres a la justicia, entre otras cosas, a través del rechazo de amnistías en relación con las violaciones por razón de género. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general núm. 30 (2013) sobre las mujeres en la prevención de conflictos y en situaciones de conflicto y posteriores a conflictos, en *Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 38 (A/69/38)*, cap. VII, párr. 44, y *CEDAW/C/GC/30*, párr. 81 b).

<sup>368</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 (23 de agosto de 2004), documento *S/2004/616*, párrs. 10, 32 y 64 c). Esa práctica se puso de manifiesto por primera vez cuando el Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas añadió una declaración al Acuerdo de Paz entre el Gobierno de Sierra Leona y el Frente Revolucionario Unido de Sierra Leona de 1999 para indicar que “las disposiciones sobre la amnistía que figuraban en el artículo IX del Acuerdo (‘perdón absoluto e incondicional’) no se aplicarían a los crímenes de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario”. Informe del Secretario General sobre el establecimiento de un tribunal especial para Sierra Leona, documento *S/2000/915*, párr. 23. Para conocer más opiniones, véase Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Amnistías* (véase la nota 359 *supra*), 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 afectan concretamente a la mujer y la violencia de género; b) interfieren con el derecho de las víctimas a un recurso efectivo, incluida la reparación, o c) limitan el derecho de las víctimas y las sociedades a conocer la verdad acerca de las violaciones de derechos humanos y del derecho humanitario. Además, las amnistías que procuren restaurar los derechos humanos deben estar formuladas con miras a velar por no limitar los derechos restaurados ni perpetuar en algún sentido las violaciones iniciales.”); informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, documento *A/56/156*, párr. 33.

<sup>369</sup> Véase, por ejemplo, *Ould Dah v. France*, demanda núm. 13113/03, decisión sobre la admisibilidad de 17 de marzo de 2009, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Quinta Sección, párr. 49, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2009.

## **Artículo 11**

### **Trato justo del presunto infractor**

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

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

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

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

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

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

### **Comentario**

1) El proyecto de artículo 11 se centra en la obligación del Estado de dispensar un trato justo, incluido un juicio imparcial, y la plena protección de sus derechos, a todo presunto infractor que se encuentre en un territorio bajo su jurisdicción. Además, el proyecto de artículo 11 reconoce el derecho del presunto infractor que no sea de la nacionalidad del Estado, pero esté en prisión, detenido o recluido, a tener acceso a un representante de su Estado.

2) Todos los Estados prevén en su derecho interno salvaguardias de un grado u otro que amparan a quienes investigan, privan de libertad, juzgan o castigan por la comisión de un delito. Esas salvaguardias pueden especificarse en la constitución, una ley, una disposición administrativa o un precedente judicial. Además, pueden codificarse normas detalladas o establecerse criterios generales sobre los principios de “trato justo”, “debidas garantías procesales”, “garantías judiciales” o “igualdad de protección”. Esas salvaguardias son sumamente importantes para que el extraordinario peso del sistema de justicia penal del Estado no caiga indebidamente sobre un sospechoso y, entre otras cosas, se preserve el derecho de esa persona a defenderse con todos los medios de las acusaciones del Estado ante un tribunal independiente (haciendo posible, pues, la “igualdad de medios”).

3) Actualmente, las salvaguardias importantes también se reconocen con claridad en el derecho penal internacional y el derecho de los derechos humanos. Al más general de los niveles, esas salvaguardias se reconocen en los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948<sup>370</sup>, mientras que en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 se recogen normas más específicas vinculantes para los Estados. En general, los instrumentos que establecen normas destinadas a un tribunal o corte internacional tratan de precisar las normas enunciadas en el artículo 14 del Pacto, mientras que los tratados que tienen por objeto la legislación nacional anuncian una norma amplia cuya finalidad es que se reconozcan e incorporen las normas

<sup>370</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 10 y 11.

específicas del artículo 14 y de otros instrumentos pertinentes “en todas las etapas” del procedimiento nacional relacionadas con el presunto infractor<sup>371</sup>.

4) Esos tratados que tienen por objeto la legislación nacional no definen qué ha de entenderse por “trato justo”, pero se considera que dicha expresión incorpora los derechos concretos que corresponden al presunto infractor, como los previstos en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Así, al elaborar el artículo 8 del proyecto de artículos sobre los delitos contra los agentes diplomáticos, la Comisión afirmó que la expresión “trato imparcial en todas las fases del procedimiento” tenía por objeto “incorporar todas las garantías que se reconocen generalmente al detenido o acusado” y que “[c]omo ejemplo de tales garantías puede citarse el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”<sup>372</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’, ‘juicio imparcial’, que podrían interpretarse en un sentido técnico estricto”<sup>373</sup>. Por último, la Comisión también explicó que la expresión “en todas las fases del procedimiento” tenía por objeto “salvaguardar los derechos del presunto culpable desde el momento en que es encontrado y se adoptan medidas para asegurar su presencia hasta que se adopta una decisión final en el asunto”<sup>374</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>375</sup>. Por consiguiente, el proyecto de artículo 11, párrafo 1, hace referencia a un trato justo, “incluido un juicio imparcial”.

6) Además de un trato justo, el presunto infractor tiene derecho a la máxima protección de sus derechos, ya se desprendan de las disposiciones aplicables del derecho nacional o del derecho internacional, incluido el derecho de los derechos humanos. Esos derechos se recogen en las constituciones, las leyes o en otras disposiciones de los sistemas jurídicos nacionales de los Estados. En el plano internacional, se establecen en los tratados universales de derechos humanos, en los tratados regionales de derechos humanos<sup>376</sup> o en

<sup>371</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 (Roma, 10 de marzo de 1988), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1678, núm. 29004, pág. 201, art. 10, párr. 2; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 40, párr. 2 b); Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios (Nueva York, 4 de diciembre de 1989), *ibid.*, vol. 2163, núm. 37789, pág. 75, art. 11; Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, art. 14; Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado (La Haya, 26 de marzo de 1999), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2253, núm. 3511, art. 17, párr. 2; Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, art. 17; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 16, párr. 13; Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, art. 44, párr. 14; Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear, art. 12; 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.

<sup>372</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), comentario al art. 8, pág. 350.

<sup>373</sup> *Ibid.*

<sup>374</sup> *Ibid.*

<sup>375</sup> Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 32 (2007) sobre el artículo 14 (El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia), párrs. 2 y 18 a 28, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 40 (A/62/40)*, anexo VI.

<sup>376</sup> Véanse, por ejemplo, Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8; Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 7; Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 6.

otros instrumentos aplicables<sup>377</sup>. Por ello, el proyecto de artículo 11, párrafo 1, también reconoce que el Estado ha de garantizar la plena protección de los derechos del infractor “de conformidad con las disposiciones aplicables del derecho nacional e internacional, incluido el derecho de los derechos humanos”.

7) El párrafo 2 del proyecto de artículo 11 se refiere a las obligaciones del Estado respecto de un presunto infractor que “esté en prisión, detened[o] o reclud[o]” en un Estado que no sea el de su nacionalidad. Se debe entender que esa expresión abarca todas las situaciones en que el Estado restringe la capacidad de la persona de comunicarse libremente con un representante del Estado de que sea nacional y recibir su visita. En tales circunstancias, el Estado en el territorio bajo cuya jurisdicción se encuentre el presunto infractor le debe permitir comunicarse sin demora con el representante competente más próximo del Estado o los Estados de que sea nacional o al que competa por otras razones la protección de sus derechos. El presunto infractor también tiene derecho a recibir la visita de un representante de ese Estado o esos Estados. Por último, tiene derecho a ser informado sin demora de esos derechos. Además, el párrafo 2 hace extensivos esos derechos a los apátridas, al establecer su derecho a comunicarse sin demora con el representante competente más próximo del Estado que, a solicitud de esas personas, esté dispuesto a proteger sus derechos, y a recibir la visita de ese representante.

8) Esos derechos se explican con mayor detalle en el artículo 36, párrafo 1, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 1963<sup>378</sup>, que reconoce derechos tanto a la persona detenida como al Estado de que sea nacional<sup>379</sup>, y en el derecho internacional consuetudinario. Los tratados recientes sobre delitos no suelen tratar de entrar en esos detalles, sino que, al igual que el proyecto de artículo 11, párrafo 2, sencillamente reiteran que el presunto infractor tiene derecho a comunicarse con un representante del Estado de que es 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>380</sup>.

9) El párrafo 3 del proyecto de artículo 11 dispone que los derechos mencionados en el párrafo 2 se ejercerán de conformidad con las leyes y normativas del Estado en el territorio bajo cuya jurisdicción se encuentre la persona, siempre que dichas leyes y normativas no impidan que esos derechos tengan pleno efecto. 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

<sup>377</sup> Véanse, por ejemplo, Declaración Universal de Derechos Humanos; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 2 de mayo de 1948), adoptada por la IX Conferencia Internacional de Estados Americanos; Declaración de El Cairo sobre los Derechos Humanos en el Islam, resolución núm. 49/19-P de la Organización de Cooperación Islámica, anexo; Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, adoptada en Niza el 7 de diciembre de 2000, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. C 364, de 18 de diciembre de 2000, pág. 1.

<sup>378</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>379</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>380</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; 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.

centro de reclusión. Existe una disposición similar en el artículo 36, párrafo 2, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963<sup>381</sup> y también se han incluido en muchos tratados que se ocupan de delitos<sup>382</sup>. La Comisión explicó la disposición en su comentario a lo que se convirtió en la Convención de Viena de 1963 de la manera siguiente:

“5) Todos los derechos que se mencionan deben ejercerse de conformidad con las leyes y reglamentos del Estado de residencia. Así, pues, las visitas a las personas detenidas o encarceladas se permitirán de conformidad con las disposiciones de los códigos de procedimiento penal y de los reglamentos sobre régimen penitenciario. Por lo común, los códigos de procedimiento penal subordinan la visita a un detenido contra el cual se ha instruido un procedimiento o juicio criminal a la autorización del juez de instrucción, quien decidirá según las necesidades de la instrucción. En el caso citado, el funcionario consular debe solicitar la autorización del juez de instrucción. Si se trata de una persona que cumple una pena de prisión, el reglamento penitenciario en el que se determinan las visitas que pueden hacerse a los detenidos también se aplica a las visitas que el funcionario consular quiera hacer al nacional del Estado que envía que se halle en esa situación.

[...]

7) El que los derechos enunciados en este artículo deban ejercerse con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado de residencia, no significa que tales leyes y reglamentos puedan hacer ilusorios tales derechos.”<sup>383</sup>

10) En la causa relativa a *LaGrand*, la Corte Internacional de Justicia determinó que la referencia a los “derechos” que figura en el artículo 36, párrafo 2, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 “ha de entenderse no solo respecto de los derechos del Estado que entrega a la persona, sino también de los derechos de la persona reclusa”<sup>384</sup>.

<sup>381</sup> Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, art. 36, párr. 2.

<sup>382</sup> Véanse, por ejemplo, Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, art. 4; Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, art. 7, párr. 4; Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, art. 9, párr. 4; Convención de la OUA sobre la Prevención y la Lucha contra el Terrorismo, art. 7, párr. 4; Convención de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental sobre la Lucha contra el Terrorismo, art. VIII, párr. 5.

<sup>383</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>384</sup> *LaGrand* (véase la nota 379 *supra*), pág. 497, párr. 89.